

THÈSE DE
RENNES.
1884
N^o. 1.

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

SUR LA

PERSONNE DES ENFANTS



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

A LA

MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

Faculté de Droit de Rennes

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

SUR LA PERSONNE DES ENFANTS

En Droit Romain

Dans notre ancien Droit & dans notre Droit actuel

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Le Samedi 12 Juillet 1884, à trois heures du soir,

PAR

PAUL COUILLAUD

Avocat.

JURY D'EXAMEN

MM. BODIN,	<i>Doyen.</i>
EON,	{ <i>Professeurs.</i>
GUÉRARD,	
PLANIOL,	{ <i>Agrégés.</i>
CHENON,	

NANTES

IMPRIMERIE BOURGEOIS, RUE SAINT-CLÉMENT

1884

INTRODUCTION

1. — *Notions générales.* — La puissance paternelle est un de ces principes primordiaux que toutes les législations ont admis comme base et comme fondement de l'organisation de la famille. Manifestation première de l'autorité sur la terre, elle est l'origine des autres puissances, le modèle suivant lequel elles se sont constituées et développées à travers les âges.

« Le prince commande aux sujets, le magistrat aux citoyens, » le maître aux disciples, le capitaine aux soldats, mais de tous » ceux-là il n'y a pas un à qui nature donne aucun pouvoir de » commander, hormis au père qui est la vraie image du grand » Dieu souverain, père universel de toutes choses » (1).

Ainsi s'exprime Jean Bodin, ce défenseur de la puissance paternelle dans les temps troublés des guerres de religion. Le père est maître du foyer domestique parce qu'il en est le fondateur et le soutien ; et le fondement de sa puissance se trouve dans la mission qu'il a reçue de Dieu et qu'il ne peut remplir s'il n'a pas entre les mains une autorité incontestable et incontestée.

M. Fustel de Coulanges, dans son livre « *La Cité antique* », a considéré la religion comme le principe constitutif de la famille primitive, et sur cette idée il a basé une théorie pleine de grandeur.

Le foyer domestique, divinisé et personnifiant les mânes des ancêtres, est le centre autour duquel viennent se grouper tous ceux qui sont unis entre eux par les liens de la famille ; « *in primis ingressibus domorum, Vestæ, id est, aræ et foci solent haberi* » (2). Ce foyer est l'autel sur lequel s'accom-

(1) Jean Bodin, *De la République*, IV, p. 29.

(2) Nonius Marcellus. Ed. Quicherat, p. 53.

plissent les sacrifices aux dieux de la famille ; ces sacrifices, les parents seuls peuvent les offrir, de même que seuls ils peuvent invoquer les dieux familiers, qu'irritent et rendent défavorables les hommages des étrangers.

Le père est l'organe, le représentant de ces divinités, le prêtre de ce culte ; et ce sera là le fondement de la puissance paternelle antique, dont la nôtre ne saurait donner même une faible idée.

Nous verrons en passant en revue l'histoire de la famille chez les peuples les plus célèbres de l'antiquité qu'en partant de cette idée, les attributs les plus étranges et les plus barbares en apparence de la puissance paternelle, s'expliquent assez facilement.

« Grâce à la religion domestique, dit M. Fustel de Coulanges, » la famille était un petit corps organisé, une petite société qui » avait son chef et son gouvernement. Rien dans notre société » actuelle ne peut nous donner une idée de cette puissance paternelle. Dans cette antiquité, le père n'est pas seulement l'homme » fort qui protège et qui a le pouvoir de se faire obéir. Il est le » prêtre, il est l'héritier du foyer, le continuateur des aïeux, la » tige des descendants, le dépositaire des rites mystérieux du » culte et des formules secrètes de la prière. Toute la religion » réside en lui. (1) »

Telle était la situation du père de famille chez les peuples primitifs, et devant la majesté paternelle, *patria majestas* (2), les pouvoirs publics abdiquaient leur autorité.

Dans nos sociétés actuelles, la paternité n'a pas le caractère qu'elle avait dans l'antiquité, le mot *pater* qui était le même en Grec, en Latin et en Sanscrit, était synonyme de puissance, autorité, dignité majestueuse (3) ; le père était le représentant de la Divinité. On semble aujourd'hui avoir perdu de vue cette idée. Tandis que chez les peuples anciens, on reconnaissait au père des droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat, sur la personne des membres de la famille, actuellement on semble ne vouloir lui accorder que les pouvoirs dont la loi veut bien l'investir.

Partant de ces deux points de vue différents, on arrive à ces résultats absolument différents aussi : c'est que les anciennes so-

(1) Fustel de Coulanges. *Cité antique*, p. 96.

(2) Val. Max. VII. 7-5. — Quinct. *declam.* CCCLXXV.

(3) Fustel de Coul. *op. cit.* p. 98.

ciétés considéreraient les abus de puissance du père comme des exceptions, auxquelles il fallait porter remède par des lois également exceptionnelles, tandis que les législateurs actuels ne paraissent avoir en vue que les pères indignes. Cela les conduit à tenir tous les pères pour suspects et à poser comme une règle absolue le contrôle des tribunaux et de l'Etat, contrôle qui, nécessaire sans doute dans certaines circonstances, ne devrait cependant être exercé, selon nous, que dans des cas d'abus, d'une manière exceptionnelle et pour des faits bien déterminés.

Cela nous semble résulter de la notion même de la puissance paternelle. Qu'est-elle, en effet, considérée en dehors de toute organisation légale ?

C'est cet ensemble de droits que le père puise dans le seul fait de sa paternité, droits dont il a besoin pour remplir les obligations auxquelles il est assujéti.

Ces obligations sont diverses et multipliées : « Un père, quand » il engendre et nourrit ses enfants, ne fait en cela que le tiers de » sa tâche ; il doit des hommes à son espèce, il doit à la société » des hommes sociables, il doit à l'Etat des citoyens. » (1)

Le père doit travailler à nourrir et à développer l'âme et l'intelligence de ses enfants, comme il travaille à développer et à nourrir leur corps. Mais plus ses devoirs sont grands, plus ses prérogatives doivent être incontestées. « L'intérêt de l'enfant, » considéré comme membre du corps social, est le fondement du » devoir d'éducation et de l'autorité qui est nécessaire pour » l'accomplir ; il sert à indiquer aussi la grandeur de l'obligation » et la limite du droit. » (2)

C'est considérée sous cet aspect que l'autorité paternelle, dérivant vraiment du droit naturel, a été reconnue dans tous les temps et chez tous les peuples. Certaines législations lui ont donné un plus grand ressort en l'organisant et lui prêtant leur appui ; d'autres, au contraire, ont tenté de l'entraver, et de la réduire à ses plus faibles limites, mais aucune n'en a contesté la légitimité. On ne pourrait, en effet, en dépouiller le père, sans lui donner en même temps le droit de se soustraire à toutes les

(1) J.-J. Rousseau, *Emile*, p. 22.

(2) Marie-Paul Bernard. *Histoire de l'autorité paternelle en France*, Introduction, p. XI.

obligations que lui impose sa paternité. Car, qui pourrait dans ces conditions accepter le fardeau de ces obligations, et les remplir avec le dévouement que Dieu lui-même a mis dans le cœur des pères? Mais ce point de vue général et philosophique n'est pas celui sous lequel nous devons étudier l'autorité du père de famille.

Juridiquement parlant, la puissance paternelle est l'ensemble des droits que la loi reconnaît aux ascendants dans leurs rapports avec leurs descendants. Nous étudierons successivement à ce point de vue le droit romain, le droit français du moyen-âge, et le droit français moderne, ce qui formera trois parties distinctes de cette thèse.

Mais, avant d'aborder l'étude de la PATRIA POTESTAS romaine, il est bon de jeter un coup d'œil rapide sur la situation que les peuples primitifs avaient faite au père de famille dans leurs législations.

2. — *L'autorité paternelle chez les Hébreux.* — En ouvrant l'histoire du monde, le père nous apparaît dès les premières pages comme le chef suprême et unique de tous ceux que les liens du sang rattachent à sa personne. Ses enfants et ses petits-enfants, auxquels il faut joindre ses serviteurs, forment un peuple auquel il parle en maître, une armée qu'il conduit au combat. Nulle puissance ne vient contrebalancer la sienne et quand Abraham se prépare, sur l'ordre de Dieu, à immoler son fils, aucun pouvoir humain ne peut arrêter son bras.

Dieu lui-même consacrera d'une manière formelle cette souveraineté du père, et quand il dictera des lois à son peuple, un des premiers préceptes que Moïse inscrira sur les tables du Sinaï, prescrira aux enfants le respect de leurs parents : *Honora patrem tuum et matrem tuam.* (1)

Dans les premiers siècles, cette idée de l'omnipotence absolue du père est de telle nature, elle est aux yeux de tous une conséquence si évidente de la paternité, que personne n'admet qu'elle puisse appartenir à un autre qu'à lui. Le jour où il disparaît, ses fils n'acceptent pas la suprématie de l'un d'entre eux sur les autres; ils se séparent et chacun, emportant ses richesses, va avec sa famille fonder dans un pays différent, comme un nouveau

(1) *Exode*, XX, 12; — *Deut.* V. 16; — etc...

royaume dont il sera souverain à son tour. La royauté paternelle est la seule qui soit incontestée.

Mais il ne faut pas poursuivre longtemps l'étude de cette organisation primitive de la famille pour arriver au jour où la séparation des frères devient impossible en raison même de leur multiplication.

« On peut, » dit M. Sumner-Maine, « tirer des récits de l'Ecriture cette conséquence qu'ils nous mettent sur la voie des premières atteintes portées à la puissance paternelle. Les familles de Jacob et d'Esau se séparent et forment deux nations; mais les familles des fils de Jacob restent unies et forment un peuple. Cela ressemble au premier germe d'un Etat ou d'une république, et d'un ordre de droits supérieur aux relations de famille (1). »

Cette puissance publique devait, toutefois, laisser intacts les droits du père pendant de longues années encore, et il faut aller jusqu'à Moïse pour trouver les premières restrictions apportées par le législateur à l'omnipotence paternelle. A cette époque, le père n'exerce plus le sacerdoce, ce sont des prêtres qui offrent les sacrifices à Jehovah; il a perdu en partie son droit de juridiction, des juges choisis parmi les anciens d'Israël font les lois et veillent à leur exécution. Mais le respect dont il est entouré n'a pas disparu, et la loi divine qui commande au fils de l'honorer est elle-même revêtue par l'autorité publique de terribles sanctions.

Alors apparaît pour la première fois le contrôle des tribunaux placé près de la puissance paternelle. Le chef de famille peut encore condamner son fils à mort, mais il doit faire approuver sa sentence par les juges.

« Si un homme, » dit Moïse, « a engendré un fils rebelle et insolent, qui n'obéit pas aux ordres de son père et de sa mère, et qui refuse avec mépris de se soumettre, ils se saisiront de lui, le conduiront devant les anciens, à la porte de la ville et leur diront : Notre fils que voilà est un insolent et un insoumis, il

(1) *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes.* Traduction de Courcelle Seneuil, p. 117.

» passe sa vie dans la débauche, la dissipation et les festins. Le peuple le lapidera jusqu'à ce qu'il meure (1). »

Le père réduit à la misère peut même vendre sa fille comme esclave (2); mais il ne semble pas qu'il puisse vendre son fils, parce qu'il est destiné à perpétuer la famille. Nous retrouverons dans la législation romaine, même aux derniers siècles de Rome, ce pouvoir du père consacré par les lois, mais sans la distinction que paraît faire Moïse entre le fils et la fille.

Des deux restrictions apportées par lui aux droits du père et que nous venons de signaler, la première est la plus significative. Pour la première fois une autorité publique, le *Sanhédrin*, est chargée de surveiller les décisions du père de famille, juge de ses enfants. Mais loin d'adoucir les châtiments dont le fils rebelle doit être frappé, on les aggrave en les rendant publics. Il fallait que l'on attachât un grand prix au respect des enfants envers leurs parents, pour punir de mort, et de la mort des criminels, le mépris des ordres paternels.

Les responsabilités de la famille étaient admises dans une large mesure chez les Hébreux. Le fils portait la honte du péché de son père; mais c'était un châtiment purement moral. La punition effective ne pouvait jamais frapper que le vrai coupable. (3)

La puissance publique intervenait pour contraindre le père à marier sa fille. (4) On ne voulait pas qu'il pût, par sa seule volonté, lui infliger l'ignominie qui, chez les Hébreux, s'attachait au nom des femmes stériles.

La paternité *naturelle*, prise dans le sens que Justinien attache à ce mot (5) était la source unique de la puissance paternelle en Judée; on n'y connaissait pas l'adoption. On a voulu, il est vrai, appeler de ce nom le lien qui unissait Esther à Mardochée (6); mais il y a tout lieu de croire que c'était plutôt une tutelle qu'une adoption véritable, et dans tous les cas cet exemple ne serait pas concluant, puisque l'adoption, si réellement elle avait existé,

(1) *Deut.*, ch. XXI. 18 à 26.

(2) *Exode*, ch. XXI, 7.

(3) *Deut.* XXIV, 16.

(4) Gide. *Condition des femmes*, p. 40.

(5) *Inst.* I. XI. pr.

(6) *Esther*, II, 7.

aurait été faite plutôt en vertu du droit persan que du droit hébreu.

En résumé, autorité absolue, droit de punir limité seulement par l'obligation d'exposer ses griefs devant les juges, droit de vendre la fille, telle était chez les Juifs la puissance du père sur ses enfants.

Cette puissance, la mère de famille la partageait avec lui. L'enfant lui devait, comme à son père, respect et obéissance, et, quand il avait oublié ses devoirs à son égard, les juges le frappaient de la même peine que s'il avait méconnu l'autorité du chef de la famille lui-même(1).

Plus tard les Rabbins, dont le rôle aurait dû être de conserver les lois, les transformèrent en prétendant les interpréter. Ils prirent le texte du Deutéronome qui règle le droit de correction du père et défendirent de s'écarter de ses termes.

Partant de là, ils déclarèrent : 1^o que le père et la mère étant désignés ensemble, tous les deux devaient être d'accord ; 2^o qu'ils ne devaient pas être manchots, puisque la loi disait qu'ils devaient *saisir* leur enfant ; 3^o que les muets seraient privés de ce droit, puisque les parents devaient eux-mêmes prononcer les paroles prescrites, et enfin 4^o que les aveugles, ne pouvant *désigner* l'enfant, ne seraient pas admis à réclamer dans la forme légale le châtimement auquel ils voulaient le soumettre (2).

Nous avons cité cet exemple pour montrer à quel point un tel mode d'interprétation pouvait dénaturer le sens et l'esprit de la loi. Du reste, le seul but poursuivi était de la rendre inapplicable.

Peu à peu, on tendit de plus en plus à annihiler les droits du père et à adoucir le châtimement. On ne condamna plus que l'adolescent et celui qui avait volé son père ou dissipé les biens paternels hors de la maison de ses parents. Puis les juges commuèrent la peine de mort en celle de la flagellation, et on en arriva enfin à ne plus laisser au père qu'un rôle d'accusateur devant un tribunal composé de vingt-trois juges (3).

On voit quelle distance, dans le dernier état du droit hébreu, sépare le père de famille du patriarche des premiers âges.

(1) Voir *suprà*.

(2) Hennequin, *Introd. historique à l'étude de la législ. franç.* t. II, p. 352.

(3) Hennequin, *op. cit.*, p. 353.

Citons encore comme droit laissé au père à cette époque, celui qu'il avait de nommer un tuteur à ses enfants et de le dispenser, en vertu de son autorité, de l'obligation de prêter un serment auquel ne pouvait pas se soustraire celui que désignait le Sanhédrin. Le père était considéré comme plus apte à juger quel degré de confiance il pouvait accorder à celui qu'il chargeait de prendre soin de la personne et des biens de ses enfants.

Il est nécessaire toutefois de remarquer que ce n'était pas là, à proprement parler, une disposition testamentaire.*

Les Hébreux ne permettaient pas les institutions d'héritiers, du moins à l'origine (1), et quand les Rabbins accordèrent au père le pouvoir de disposer de ses biens, ce fut à la condition expresse que « tous les parents susceptibles d'hériter d'après la » loi mosaïque, seraient morts ou ne pourraient pas être connus (2). »

Quand Isaac bénissait son fils, il ne le désignait pas comme son héritier, mais comme l'aîné de la famille (3).

Les juifs connaissaient la majorité en tant que fait mettant fin à la puissance paternelle. A quel âge l'enfant était-il majeur ? Les documents sont très-incertains ; selon toute apparence cet âge devait coïncider avec celui de la puberté.

Tels sont les traits principaux de la législation juive en ce qui concerne les droits du père de famille. Toute cette législation a disparu avec le peuple qui y était soumis, mais un principe est resté debout, parce que Dieu lui-même l'a posé, et nous le retrouvons inscrit en tête de nos lois sur la puissance paternelle : c'est le droit des parents au respect de leurs enfants : *Honora patrem tuum et matrem tuam*.

3.— *L'autorité paternelle : 1° chez les Hindoux*.—A côté des Hébreux, il est un peuple primitif, dont l'origine se perd dans la nuit des temps : c'est le peuple Hindou. Là nous retrouvons la famille fortement organisée comme chez les Hébreux des premiers siècles. Le père en est le chef absolu et ses enfants n'échappent à sa puissance que le jour, où par un acte de sa seule volonté, il les en a libérés par l'émancipation.

(1) Arg. *Deutér.* XXI. 16-17.

(2) Sumner Maine, *op. cit.* p. 188.

(3) Sumner Maine, *op. cit.* p. 229.

L'idée qui domine la législation tout entière chez les Hindoux est l'idée religieuse. Le culte des ancêtres est la base sur laquelle repose toute l'organisation de la famille. Si le père en est le maître, c'est parce qu'il représente tous ceux qui ne sont plus, c'est parce que seul il peut offrir les sacrifices (1), auxquels les membres de la famille peuvent, seuls aussi, assister.

Lorsque le père ne laisse pas de fils en mourant, les sacrifices qui ne se perpétuent que par les mâles (2), sont éteints, ses ancêtres retombent dans l'oubli et lui-même est privé du bonheur éternel. « En mettant un fils au monde, la femme procure le ciel » à son époux et aux ancêtres de son époux » (3).

Pour éviter le malheur de l'extinction des cérémonies funèbres, le législateur permet et ordonne même parfois l'adoption (4) qui, faite par acte de dernière volonté, revêtira la forme d'un testament, bien que le testament soit inconnu comme mode de transmission des biens.

« Chez les Hindoux, » dit Sumner Maine, » le droit d'hériter des » biens d'un homme est exactement aussi étendu que celui de » célébrer ses funérailles. Si les rites ne sont pas exactement » accomplis, ou ne le sont pas par celui qui doit les accomplir, » il n'y a plus de rapport entre le défunt et aucun de ceux qui lui » survivent ; la succession n'a pas lieu, et personne ne peut » hériter des biens. Tout grand événement dans la vie du Hindou » semble lié à ces rites. S'il se marie, c'est pour avoir des enfants » qui puissent les célébrer après sa mort ; s'il n'a pas d'enfant, il » est fortement obligé d'en adopter un d'une autre famille, *en vue*, dit le légiste hindou, *du gâteau et de l'eau funéraire et du sacrifice solennel* » (5).

Avec une préoccupation de ce genre qui dominait toute autre considération, il est facile de voir que le testament, s'il avait existé dans l'Inde, n'aurait pu en aucune façon ressembler au testament des législations actuelles. L'adoption en tenait lieu et servait à faire passer la maison sous un nouveau chef. La posses-

(1) *Rig. Vêda*. Traduct., Langlois. t. 1. p. 113.

(2) Fustel de Coulanges, *op. cit.* ch. IV. De la relig. domest.

(3) Lois de Manou, IX. 28-169.

(4) Lois de Manou, IX. 10.

(5) Sumner Maine, *op. cit.* p. 182.

sion des biens n'était qu'un accessoire de la qualité de représentant des ancêtres.

La propriété des biens appartenait, du reste, non à un individu, mais à la famille ; les enfants y participaient même du vivant de leur père, et cela seul suffisait pour enlever à ce dernier le droit de disposer de ces biens par testament. Tout au plus pouvait-il donner pendant sa vie ceux qu'il avait acquis par son travail ou par son industrie.

La mère occupait un rang inférieur dans la famille et était soumise à son mari comme elle avait été soumise à son père (1), mais on l'entourait de respect, car c'était d'elle que naissait le continuateur du culte des aïeux. Les lois protégeaient la faiblesse de la femme : « ne frappez pas même avec une fleur, une femme » chargée de fautes » disait le législateur des Indes (2), et quand le père de famille refusait de donner un époux à sa fille, il était déchu de sa puissance, et elle pouvait se marier à celui qu'elle avait choisi.

Bien qu'elle ne partageât pas la puissance paternelle, la mère avait le droit d'adopter quand son mari ne l'avait pas fait avant sa mort, et par elle encore les ancêtres pouvaient ainsi être sauvés de la déchéance éternelle (3).

Du reste, cette législation ne diffère pas beaucoup, en ce qui concerne la puissance paternelle, de toutes les législations primitives. Le culte des ancêtres et du foyer domestique est la source de la situation prépondérante du père dans la famille dont la génération n'est pas le principe comme dans nos législations actuelles. Ce n'est pas non plus comme à Rome la puissance qui est le lien par lequel les membres de la famille sont unis entre eux. Ce lien c'est la religion, et la famille se compose de tous ceux qui adressent aux mêmes divinités, c'est-à-dire aux mêmes ancêtres, les mêmes prières.

II^o : *Chez les Grecs.* — Là nous trouvons une organisation légale assez complète de la puissance du père. Dès les temps les plus reculés, depuis Triptolème, disait-on, l'obligation pour les

(1) Lois de Manou. V. p. 147-148.

(2) Gide, *De la condition des femmes*, 1867, p. 51.

(3) Sumner Maine, *op. cit.*, p. 184.

enfants d'honorer leurs parents avait été inscrite dans la loi, et l'on avait donné au père des droits presque sans limites.

C'est que là aussi le père était le prêtre du foyer domestique dont il est question sans cesse chez les auteurs grecs (1). Lui seul et, après sa mort, le plus proche parent, pouvaient accomplir les cérémonies de ce culte : « Si Menèclès n'a pas d'enfants, les » sacrifices domestiques n'auront pas lieu pour lui et personne » ne portera l'offrande sur son tombeau (2). »

Et, comme dans les législations dont nous venons de parler, on permettait l'adoption à celui qui n'avait pas d'enfants, afin qu'après sa mort il ne tombât pas dans l'oubli éternel. Dans l'exemple que nous venons de citer, on plaidait pour faire annuler une adoption, et le défenseur qui voulait faire respecter les volontés de l'adoptant et les droits de l'adopté, disait : « Menèclès est mort, » mais c'est encore l'intérêt de Menèclès qui est en jeu (3). »

En effet, le père, représentant des ancêtres, responsable de la perpétuité du culte, est aussi responsable de la perpétuité de la famille. Maître d'y faire entrer un membre nouveau par l'adoption, il peut en chasser qui il lui plaît. Lorsque l'enfant vient au monde, il l'admet dans la famille ou le repousse (4), et il conserve le droit d'exclure de la participation aux sacrifices l'enfant ingrat ou rebelle. Il est question de cet acte de juridiction paternelle, que l'on appelait *αποκηρυξις*, dans une constitution insérée au Code de Justinien (5) et que M. Fustel de Coulanges désigne sous le nom de *sacrorum detestatio* (6).

La puissance du père ne s'exerçait en Grèce que sur les enfants légitimes; car les lois proclamaient l'indissolubilité du mariage en imposant aux époux le devoir de fidélité mutuelle. C'est Cécrops qui, le premier, paraît-il, sanctionna cette règle; avant lui, nulle

(1) *Hymnes homériques*, XXIX. — *Hymnes orphiques*, LXXXIV. — Hésiode., *op.* 679.

(2) Isée, *de Menècl. heredit.* 46.

(3) Isée, *de Menècl. heredit.* 10.

(4) Hérodote, I. 59. — Plutarque : *Alcibiade*, 23. — *Agésilas*, 3.

(Nous retrouverons cette coutume à Rome et chez les peuplades de la Germanie).

(5) Cod. Just. VIII. 47. 6.

(6) *Cité antique*, p. 57.

loi ne réglait les rapports entre les deux sexes et aucun enfant ne pouvait reconnaître son père (1).

L'adoption que nous avons citée comme un moyen mis à la disposition du père pour empêcher l'extinction de la famille, faisait naître aussi la puissance paternelle. L'enfant adoptif n'était pas dans une situation différente des enfants nés du mariage. Mais ce n'était pas en vertu d'un droit concédé dans un intérêt privé que le chef de famille pouvait adopter. Il y avait une question d'ordre et d'intérêt public dans cette perpétuité du foyer domestique. Et cela était si vrai que, si un citoyen mourait sans postérité, les magistrats contractaient l'adoption qu'il n'avait pas contractée lui-même et désignaient un continuateur du culte familial (2).

Et lorsqu'on permettait au fils adoptif de retourner dans sa famille naturelle, ce n'était qu'à la condition qu'il laissât, dans la maison de son père adoptif, un fils pour la perpétuer en continuant d'offrir les sacrifices. (3)

Les droits de puissance appartenaient au père, *naturel* ou adoptif; mais n'appartenaient-ils qu'à lui? On peut répondre affirmativement en ce sens que de son vivant il ne les partageait avec personne, pas même avec son épouse, qui, demeurant pendant toute sa vie sous la domination de quelqu'un, ne pouvait pas avoir d'autorité légale sur ses enfants (4).

Il y avait cependant une restriction mise à la puissance du père en ce qui concernait le droit de diriger l'éducation des enfants. On posait alors en principe que les enfants appartenaient moins à leurs parents qu'à l'Etat, ce qui entraînait comme conséquence le droit pour l'Etat de les façonner à son gré. A Sparte, il y avait des écoles fondées par les pouvoirs publics et dirigées par des maîtres que ceux-ci désignaient, et tous les parents étaient contraints d'y envoyer leurs enfants (5). A Athènes, on avait fait une loi qui défendait d'enseigner sans la permission du magistrat. C'était là une ingérence directe d'une autorité étrangère dans le gouvernement de la famille. Mais ce droit de l'Etat

(1) Cléarque, *Athénée*, XIII. 2.

(2) Démosth. *In Leoch.*, p. 1047.

(3) Démosth. *In Leoch.*, p. 1045.

(4) Démosth. *In Eubul.* p. 40 et 43.

(5) Platon. *Lois*, 7.

entraînait des devoirs à l'égard des enfants privés de leur appui naturel. « Le magistrat, chargé d'empêcher que les maisons ne » restent désertes, c'est-à-dire sans chefs, doit étendre ses soins » et la protection des lois sur les orphelins, sur les femmes qui » déclarent leur grossesse après la mort de leurs époux, sur les » filles qui, n'ayant point de frères, sont en droit de recueillir la » succession de leurs pères. » (1) Et par frères on entend ici les frères adoptifs aussi bien que les frères naturels, car ce n'était qu'à défaut des uns et des autres que les filles étaient héritières. Cependant il y avait une différence entre les deux cas. Si la succession paternelle passait à un héritier institué ou plutôt adopté et que le défunt eût laissé une fille, cet héritier était tenu de l'épouser (2).

Dans le cas où le père de famille n'avait pas désigné de successeur, les magistrats obligeaient le plus proche parent à recueillir la jeune fille, à laquelle il devait trouver un mari s'il ne voulait pas l'épouser lui-même (3).

Nous devons faire observer du reste que la désignation d'un héritier ne pouvait se faire que par celui qui n'avait pas d'enfants mâles (4).

La puissance paternelle durait-elle en Grèce pendant toute la vie du père? Non, à un âge qui était probablement celui de la puberté, et qui souvent même la précédait de plusieurs années, l'enfant devenait maître de ses droits; c'était une sorte d'émancipation tacite, et l'on a tiré de la nature des relations d'Ulysse et de Laërte, dans l'*Odyssée*, cette conclusion que « quand le fils » possédait à la fois une valeur et une sagacité extraordinaires, » le père, arrivé à la décrépitude, cessait d'être le chef de la » famille. » (5).

A 18 ans, le fils était inscrit sur les registres militaires. Il recevait une lance et un javelot et devait servir pendant deux années avant de pouvoir briguer une fonction publique.

A 30 ans seulement il pouvait devenir juge, magistrat ou sénateur (6).

(1) *Voy. d'Anacharsis*. Introd., 2^e partie, éd. Bossange, 1829. p. 60.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 87.

(3) Gide, *op. cit.* p. 87.

(4) Gide, *op. cit.* p. 104. Note 2.

(5) Sumner Maine, *op. cit.* p. 129.

(6) Liban. *Arg. declam.* XXIV, p. 558.

Quant à la femme, elle n'échappait à la puissance de son père que pour tomber sous celle de son mari ou de son parent le plus proche.

Quels droits étaient, en Grèce, attachés à la puissance paternelle ? Ces droits étaient très étendus, mais ne revêtaient pas le caractère que nous leur retrouverons à Rome. Les magistrats avaient un pouvoir de contrôle tel, qu'ils les annihilèrent parfois d'une manière absolue. A Sparte, un père refusait-il de faire instruire ses enfants, on le déclarait déchu de son autorité sur eux (1). Manquait-il aux devoirs de protection qui lui étaient imposés à l'égard de ses enfants ou de son épouse, il était jugé par l'Archonte sur une accusation publique (2).

Il jugeait ses enfants, mais cependant les tribunaux avaient le droit de réformer ses sentences, car Homère voulant dans l'*Odyssee* montrer le caractère barbare des mœurs des Cyclopes, disait : « Ils n'ont ni assemblée pour le conseil, ni thémistes, mais » chacun a juridiction sur ses femmes, sur ses enfants, sans » se soucier des autres. » (3).

Malgré ces restrictions, à Athènes et à Sparte, on avait laissé au père le droit de vie et de mort sur ses enfants, mais ce droit ne s'exerçait qu'au moment de la naissance. « Dès qu'ils sont » nés, on les étend à ses pieds. S'il les prend entre ses bras, ils » sont sauvés. Quand il n'est pas assez riche pour les élever ou » qu'il désespère de pouvoir corriger en eux certains vices de » conformation, il détourne les yeux et l'on court au loin les ex- » poser ou leur ôter la vie (4). » Après cela, si cet enfant abandonné était vendu par celui qui l'avait recueilli, il ne perdait pas sa qualité d'ingénu dont le bénéfice pouvait toujours être réclamé soit par lui-même, soit par ses parents.

A Thèbes, on ne laissait pas au père ce droit barbare (5), mais il lui appartenait dans presque toute la Grèce.

A l'origine, le père de famille pouvait à Athènes vendre son fils comme il pouvait le mettre à mort. Ce droit fut aboli par

(1) Plutarque, *Inst. lacon.*, p. 238. — *Voy. d'Anac.*, ch. 47, p. 390.

(2) Démosth. *C. Macart*, 54.

(3) *Odyssée*.

(4) *Voy. d'Anacharsis*, ch. 26. — Terent. *In Heautont...* Act. 4 ; sc. 2. — Denys d'Halic. II. 15. — Plutarque. *Lycurg*. 16.

(5) *Ælian. Var. hist.*, II, 7.

Solon, qui ne le maintint qu'à l'égard des filles et seulement dans le cas où le père aurait été témoin de leur déshonneur (1).

Il n'est pas probable en effet qu'à cette époque, les Athéniens eussent le droit de mettre leurs enfants à mort, puisqu'on leur défendait même de les vendre, ainsi que le dit un texte de Denys d'Halicarnasse qui, dans ses *Antiquités romaines*, observe que, d'après les lois de Solon, de Pittacus et de Charondas, les pères ne conservaient plus que le droit de déshériter leurs enfants et de les chasser de leurs maisons (2).

Le père pouvait être contraint de marier sa fille, de même qu'il avait l'obligation rigoureuse de mettre ses fils en état de gagner leur vie. Et si les lois ordonnaient au fils de nourrir ses parents tombés dans l'indigence (3), elles n'imposaient cette obligation qu'à celui auquel on avait fait apprendre un état qui le mettait à l'abri du besoin, refusant le droit de réclamer ce bénéfice aux parents négligents qui avaient laissé leur fils passer sa jeunesse dans l'oisiveté (4).

En résumé, en Grèce les tribunaux contrôlaient sévèrement le pouvoir paternel, mais ce pouvoir n'en était pas moins très étendu, et nous en trouvons la preuve dans ce seul fait que le même mot *Xυπιος* désignait tout à la fois la puissance du père sur ses enfants et celle du maître sur ses esclaves; et Aristote nous apprend qu'en Perse, il n'existait pas de différence entre la condition des uns et des autres dans la famille (5).

C'est donc à tort que les Romains se sont vantés de posséder sur leurs enfants un pouvoir que nul autre n'avait possédé avant eux, à moins qu'ils veuillent parler, non de son étendue, mais bien de son organisation légale.

C'est chez eux, en effet, que cette organisation fut la plus complète. A partir de ce moment, nous quittons les incertitudes et les obscurités, et nous pourrons nous appuyer sur des textes précis et indiscutables.

(1) Plut. *In Solon*.

(2) Denys d'Halic., II, ch. 26, p. 292.

(3) Diog. de Laërte. *In Solon*, § 55.

(4) Plut. *In Solon*.

(5) Arist. *Eth.*, VIII, 12.

PREMIÈRE PARTIE



DROIT ROMAIN





CHAPITRE I

DE LA PUISSANCE PATERNELLE A ROME

Section 1^{re}. — Notions historiques.

4. — *Connexité du droit de cité et de la patria potestas romaine.*— Ce qui donne à la puissance paternelle à Rome un caractère spécial, c'est qu'elle est la base unique sur laquelle repose la famille, comme le droit de cité est la base sur laquelle est établi le droit civil tout entier.

« On n'est pas dans la famille parce qu'on est fils, ou épouse » ou parent, mais parce qu'on est fils en puissance, épouse en » puissance, parent par la soumission à une puissance actuel- » lement commune ou qui serait telle si le chef vivait encore (1). »

Et ce droit précieux qui donnait à celui qui en était investi des prérogatives sans nombre n'appartenait qu'au seul citoyen romain. « *Jus potestatis quod in liberos habemus, proprium* » *est civium romanorum* (2). »

Sans le droit de cité, pas de justes noces ; sans justes noces, pas de puissance paternelle.

Avant d'étudier les détails de l'organisation des pouvoirs du père de famille, organisation que nous ne retrouverons aussi complète chez aucun autre peuple, il importe de jeter un coup d'œil rapide sur les siècles pendant lesquels le peuple romain, dont les origines avaient été si obscures, grandit, arrive à l'apo-

(1) Hugo, *Hist. du dr. rom.* § 77.

(2) Inst. 1, 9. 2.

gée de sa gloire et, épuisé par les excès mêmes de sa civilisation, s'effondre en cédant la place aux peuples barbares qui envahissent son territoire.

Malgré l'incertitude et les ténèbres qui enveloppent le berceau de Rome, dont le fondateur lui-même, quoique toutes les traditions le désignent, semble n'être pas autre chose qu'un personnage fabuleux, une vérité semble se dégager tout d'abord : c'est que le pouvoir n'appartenait qu'à une classe supérieure composée selon toute apparence des fondateurs de Rome et de leurs descendants. Ce sont les Patriciens. « *In regium consilium (Romulus)* » *delegerat principes, qui appellati sunt, propter caritatem* » *Patres* (1). »

Remarquons que la première fois qu'on veut à Rome exprimer la supériorité, la puissance d'un homme sur d'autres hommes qui l'entourent, on le désigne sous le nom de père, *pater*.

Qu'étaient les patriciens ? Il n'entre pas dans notre cadre de faire une étude des castes qui formèrent les premières tribus romaines. Nous indiquerons seulement en quelques mots les systèmes qui ont été soutenus sur cette question.

L'un d'eux veut que les patriciens aient été à l'origine seuls en possession du droit de cité, et ce système soutenu par un auteur allemand, Niebuhr, a été accepté par M. Fustel de Coulanges ; on y fait une distinction entre le plébéien et le client. Le client est dans une situation dépendante et très inférieure, mais il se rattache aux familles patriciennes par un lien qui n'est autre que le lien du patronat, modifié par l'éloignement de l'époque de l'affranchissement. Le plébéien au contraire est isolé ; il est bien, lui aussi, un affranchi ou descendant d'un affranchi ; mais il est sorti de la famille de son patron, il n'a pas de culte, pas de famille sainte. L'union qu'il contracte avec son épouse n'est pas légitime « *con-* » *nubia promiscua habent more ferarum* », ses enfants par conséquent ne se rattachent pas à lui par les liens de la *patria potestas*. Le plébéien n'a pas sa part de l'*ager romanus*, qui appartient aux *tribus*, aux *curies*, aux *gentes* dont il ne fait pas partie. Il ne devient propriétaire, et par là même citoyen, que trois siècles après la fondation de Rome (2). En résumé

(1) Cicéron, *de republica.*, lib. 2. § 8.

(2) Denys d'Halic. X, 32.

« la cité, à l'origine, est l'association d'une centaine de chefs
» de famille. Plus tard le nombre des citoyens s'accroît parce que
» les branches cadettes obtiennent l'égalité. Plus tard encore les
» clients affranchis, la plèbe, toute cette foule qui pendant des
» siècles était restée en dehors de l'association religieuse et poli-
» tique, quelquefois même en dehors de l'enceinte de la ville,
» renverse les barrières qu'on lui opposait et entre dans la ville
» où aussitôt elle est maîtresse (1).

Ce système auquel nous reviendrons en parlant de la puissance maritale romaine, a été combattu énergiquement par Ortolan, qui, tout en admettant la situation inférieure des plébéiens, leur concède néanmoins le droit de cité comme aux patriciens et par suite ne les distingue pas les uns des autres, quant aux droits de famille (2).

Mais, du reste, ces distinctions ne peuvent être faites qu'à l'origine même de Rome, car les plébéiens, devenus puissants par leur nombre, ne devaient pas tarder à réclamer tous les droits attachés à la qualité de citoyens, même le droit de participer au gouvernement de la Cité.

Après ce coup d'œil jeté sur les opinions diverses émises à propos des premiers habitants de Rome, nous répondrons à la question que nous nous sommes posée, et nous dirons que les patriciens sont ceux qui peuvent citer pour leur origine un *pater*, qui *patrem ciere possent, id est nihil ullrà quàm ingenuos* (3); et l'on définit ainsi les *patres*: « *Patres appellantur ex quibus*
» *senatus constat quos inilio urbis conditæ Romulus delegit*
» *et sic appellavit quorum consilio atque prudentiâ respu-*
» *blica administraretur atque gubernaretur; quique agrorum*
» *partes attribuerent, tenuioribus perindè ac liberis, ac*
» *pecunias dividerent* (4).

Pour nous résumer, nous dirons que les patriciens sont ceux qui ont une origine perpétuellement libre et ingénue, et les plébéiens sont « cette partie du peuple dans laquelle ne sont pas » comprises les *gentes* patriciennes » (5); *Plebs in qua gentes civium patriciæ non insunt* (6).

(1) Fustel de Coul., *cité antique*, p. 331.

(2) Ortolan. *Hist. legisl. rom.* 1876, p. 20 et suiv.

(3) Publ. *Decius Mus*, dans Tite-Live, liv. 10, § 8.

(4) *Festus* au mot *Patres*.

(5) Ortolan. *Op. cit.*, p. 31.

(6) Aul. Gel. X. 20.

Peu à peu ces deux classes tendirent à se confondre, mais des différences nombreuses subsistèrent entre elles pendant de longs siècles. Les patriciens conservèrent le droit de participer à certains honneurs déterminés, et maintinrent la défense faite aux plébéiens, ces descendants des premiers esclaves, de contracter des unions avec les familles de ceux dont les ancêtres n'avaient jamais connu la servitude.

L'orgueil patricien ne pouvait se résoudre à admettre ces alliances qui mêlaient le sang plébéien au sang de ceux qui formaient à Rome la classe supérieure. En vain les plébéiens avaient vu, au milieu du III^e siècle de Rome (an 260), cent des leurs s'asseoir sur les bancs du Sénat; en vain, après leur retraite sur le mont Aventin, deux magistrats choisis parmi eux avaient été investis d'une autorité, sinon égale à celle des consuls, du moins capable de la contrebalancer, la barrière élevée entre les deux classes subsistait toujours. Ce ne fut qu'au commencement du IV^e siècle (an 309), que la loi *Canuleia* vint la renverser, et Tite-Live nous a conservé le récit des colères que souleva, parmi les patriciens, la proposition de ce plébiscite : « Que veut Canuleïus, mêler les races, confondre les auspices » publics et particuliers, ne plus rien laisser de pur; empêcher » que l'on puisse reconnaître soi ou les siens !! » (1).

Mais ces modifications apportées à la constitution primitive de Rome étaient amenées par la force même des choses. Si les Patriciens avaient pu pendant longtemps les empêcher, c'est qu'ils étaient, par le fait, maîtres du pouvoir législatif, puisqu'à leurs magistrats seuls appartenait l'initiative de la proposition des lois. Ils étaient en outre seuls juges de la manière de les appliquer, puisque les pontifes exclusivement recrutés dans leurs rangs en étaient les uniques interprètes, de même qu'ils étaient seuls gardiens des croyances religieuses.

Et quand ils se décidèrent à abandonner une part de leurs prérogatives, ce fut lorsqu'ils reconnurent, d'une manière indubitable, que leur résistance serait brisée par la force et entraînerait des maux plus graves encore que ceux qu'ils voulaient éviter.

Du reste, nous n'avons pas à nous étendre ici sur les inégalités

(5) Tite-Live, IV, 2.

qui subsistèrent pendant plus ou moins longtemps dans la condition des patriciens et des plébéiens.

Nous savons que si l'on peut hésiter à accorder à ceux-ci la qualité de citoyens aux premiers jours de Rome, il n'est pas douteux qu'ils n'aient acquis bientôt le droit de cité. Or la puissance paternelle était une des prérogatives comprises dans le *jus civilatis*.

A qui appartenait ce droit de cité ? Qui était citoyen romain ? La réponse à cette question est différente suivant qu'on se place à telle ou telle époque de l'histoire. A l'origine sont citoyens les seuls habitants de Rome et de son territoire (1), et parmi ces habitants ne sont pas compris, bien entendu, les étrangers qui viennent se fixer sur ce territoire.

Les habitants du Latium et de l'Italie, ces alliés fidèles qui avaient contribué si puissamment à fonder la grandeur romaine, se virent refuser pendant plus de six siècles le titre et les prérogatives de citoyens. Ils se lassèrent à la fin de ne recevoir que des promesses qui jamais ne s'accomplissaient, et l'Italie fut ensanglantée par cette terrible guerre que l'on appela la *guerre sociale*. Rome dut céder et les lois *Julia* et *Plautia* accordèrent le *jus civilatis* à l'Italie presque tout entière (2). (A. 664 et 665 de R.)

Avant cette époque, la *patria potestas* romaine avait appartenu, par concession spéciale, à telle ou telle ville déterminée, à tel ou tel habitant de ces villes. De plus, certaines parties du territoire italique et même de territoires étrangers étaient unies à Rome par des liens plus directs et plus étroits qui permettaient à ceux qui y résidaient d'obtenir plus facilement la concession de la cité romaine.

Ces cités et ces territoires étaient :

1° Les colonies romaines fondées dans les pays conquis, par des citoyens qui y remplaçaient les habitants emmenés en captivité à Rome. Les colonies jouissaient de tous les droits de cité et ne différaient en rien, sous le rapport de l'organisation et du droit, de la métropole elle-même ;

2° Les villes du Latium qui demeuraient, après la conquête, cités libres, *civitates liberæ*, et qui, avant d'être assimilées au

(1) Ortolan, *Législ. rom.*, n° 48.

(2) Ortolan, *Hist.*, n° 298,

territoire romain, avaient à diverses reprises reçu des concessions partielles du *jus civitatis*, jusqu'au jour de l'assimilation définitive avec Rome;

3° Les colonies latines, assimilées aux villes du Latium et jouissant de droits analogues aux leurs;

4° Les villes de l'Italie, traitées en général comme les villes latines, mais moins favorablement cependant, peut-être parce qu'elles avaient rendu moins de services à Rome, peut-être simplement parce qu'elles étaient plus éloignées. En effet, tandis que les Latins et les Latins coloniaux recevaient fréquemment, à titre de concession, le *jus connubii* avec le *commercium*, les villes de l'Italie ne jouissaient que très rarement du premier de ces privilèges.

5° *Les Municipales*, placés sur l'un ou l'autre des territoires que nous venons de citer, dans le Latium ou en Italie, et dont
» les habitants étaient soumis aux mêmes charges et partici-
» paient aux mêmes droits que les citoyens romains, tout en
» conservant cependant une indépendance locale plus ou moins
» étendue, et une organisation intérieure propre (1). »

C'étaient presque des colonies romaines avec ces différences, toutefois, qu'ils ne jouissaient pas *de plein droit* de tous les avantages accordés à celles-ci, et que, de plus, ils conservaient leur liberté d'administration intérieure;

6° Enfin les préfectures qui ne se distinguaient des précédents que par ce fait seul qu'on y envoyait un préfet chargé d'y exercer les fonctions de magistrat (2).

En résumé, les colons romains jouissaient seuls du *jus civitatis* complet, *optimum jus*; (encore, en général, ils n'avaient pas le droit de suffrage); seuls, par conséquent, ils avaient la puissance paternelle sur leurs enfants.

Les habitants des autres territoires pouvaient en recevoir parfois la concession, mais ce n'était plus un droit, c'était une faveur qui leur était accordée plus ou moins libéralement suivant leur qualité ou suivant les circonstances. Quand ils recevaient ce bénéfice, c'était toujours comme démembrement du *jus civi-*

(1) Senot de la Londe. *Organisation municipale romaine*. — Thèse de doctorat. Caen, 1882, p. 11.

(2) Voir pour plus de développements Ortolan. *Histoire*, p. 166 et s.

tatis lui-même, qu'on ne jugeait pas à propos de leur donner en entier.

Le point de départ est donc bien défini : au citoyen romain appartient la puissance paternelle légale, la *patria potestas*, et elle n'appartient qu'à lui. Nous avons vu qu'il ne saurait être douteux qu'à partir d'une certaine époque, les plébéiens eurent la jouissance de tous les droits civils. Nous dirons la même chose des affranchis : l'espèce de domination qu'exerçaient sur eux les Patriciens, leurs patrons, ne faisait pas disparaître leurs droits de famille. Nous ferons remarquer cependant que ceci n'est vrai que relativement aux affranchis citoyens romains ; les autres ne pouvaient que par exception acquérir la cité romaine, et quelques-uns même, les déditices, ne l'obtenaient jamais.

5. — *Origine historique de la patria potestas romaine et son fondement religieux.* — Pour retrouver les origines de la puissance laissée au père de famille à Rome, il faut remonter à la fondation même de la ville ; et encore ne sera-ce pas son établissement que l'on rencontrera ainsi, mais la première reconnaissance qui en fut faite dans les lois.

Quand le stratagème imaginé, suivant la tradition, par Romulus, eût été couronné de succès et qu'il eût réussi à enlever par force et par ruse, celles qui avaient refusé de s'unir à des aventuriers vivant de brigandage et de rapines, il lui eût été bien difficile de poser ou des règles ou des limites au pouvoir de ses compagnons sur ces femmes et sur les enfants qui naissaient d'elles.

On l'a dit : « Les opérations du gouvernement civil dans un » pareil Etat ne devaient-elles pas se réduire à bien peu de chose » en temps de paix ? Cette tourbe de brigands pouvait-elle être » tenue de quelque obligation envers son chef ? Et ce chef pouvait-il être autre chose que *primus inter pares*, ou le premier exposé à leurs mouvements de rage féroce comme le fut, » dit-on, Romulus ? (1) »

Ces hommes possédaient leurs femmes par droit de conquête. Dans cette expédition, leur chef n'avait fait que les conduire ainsi qu'il le faisait sans cesse, et cette tradition, dont le sou-

(1) Berriat St-Prix., *Hist. du dr. rom.* Paris, 1821, p. 12 et 13.

venir devait se perpétuer si longtemps, et suivant laquelle la plus belle des captives aurait été attribuée par la clameur générale à l'un des jeunes hommes les plus illustres de la ville naissante, semble montrer que les compagnons de Romulus ne lui reconnaissaient même pas le droit de choisir le premier sa part de butin. (1)

Le butin différait cette fois de celui qu'ils faisaient chaque jour, mais c'était cependant un butin véritable, c'est-à-dire une chose sur laquelle on possède la propriété la plus complète et la plus absolue. Et l'on serait difficilement parvenu à faire comprendre à ces hommes grossiers que quelqu'un pouvait avoir un droit de contrôle quelconque sur leur conduite et leur manière d'agir à l'égard des membres de leur famille ainsi constituée.

Il ne nous semble donc pas que Romulus puisse être considéré comme l'auteur de l'ensemble des lois romaines sur la puissance paternelle, parce qu'à cette époque ces lois devaient s'établir par la force même des choses, et que du reste des traditions montrent qu'elles existaient déjà ou plutôt que cette puissance appartenait sinon en droit, du moins en fait, aux peuples qui remplissaient alors l'Italie.

L'idée de conquête, qui entraînait forcément avec elle l'idée de propriété absolue, nous servira à expliquer, sinon à légitimer, certains des droits attachés à Rome à la puissance paternelle.

Cette puissance, qui dans nos sociétés actuelles découle du fait seul de la paternité, avait à Rome, comme chez tous les autres peuples antiques, un fondement essentiellement religieux. Le culte de la famille, dont nous avons retrouvé des traces chez les peuples primitifs, était établi à Rome sur des bases tellement larges que son influence se faisait sentir dans toutes les branches du droit privé.

Si le père était souverain, c'est que toutes les responsabilités pesant sur lui, il devait avoir toutes les puissances. S'il était propriétaire de tous les biens de la famille, c'est que, seul, il la représentait : s'il était juge, c'est qu'il parlait au nom des divinités domestiques dont il était le grand-prêtre.

Ces divinités, mânes des ancêtres, dieux protecteurs, étaient personnifiées dans le foyer, cet autel placé au seuil de la de-

(1) Plutarque. *Romulus*.

meure, *in primis ingressibus domorum*, et devant lequel s'accomplissaient tous les actes qui regardaient l'organisation intime de la *domus* : l'introduction de l'enfant dans la famille au jour de sa naissance, les fiançailles, le mariage, etc ; le *pater-familiâs* était toujours là présidant les cérémonies et offrant les sacrifices dont lui seul connaissait les rites cachés et mystérieux, *sacrificia occulta* (1).

Ces sacrifices ne devaient pas périr, *perpetua sint sacra* (2); mais le fils seul pouvait les offrir après la mort de son père; car les dieux du foyer n'accueillaient qu'avec colère les hommages étrangers. Malheur donc au citoyen qui ne laissait pas d'héritier continuateur de sa personne ! Si son union avait été stérile, s'il n'avait pas adopté un fils, son nom était voué à l'infamie, sa famille tombait dans l'abandon et dans l'oubli ; et ici la famille, *familia*, s'entendait des biens comme des personnes, des ancêtres comme des membres vivants.

Nous aurons à signaler de nouveau dans le cours de cette étude, l'influence de la religion du foyer sur les actes divers de la vie privée du citoyen, il nous suffisait d'indiquer ici cette influence au point de vue de la puissance paternelle.

Tous ceux qui sont soumis à la même *patria potestas*, ou qui se rattachent à un auteur commun par une suite non interrompue de générations mâles, font partie de la même famille civile, sont agnats entre eux ; et ceux-là seulement peuvent participer aux sacrifices domestiques qu'offre le chef de la *domus*. Puissance paternelle et sacerdoce familial sont donc connexes et ne peuvent être séparés. Si le fils ne peut quitter son père pendant toute la vie de celui-ci, c'est qu'il ne peut y avoir deux foyers, deux grands prêtres.

Cette idée s'effacera plus tard, mais tant qu'elle restera gravée dans les esprits, il y aura peu de modifications apportées aux prérogatives paternelles.

Du reste ces prérogatives avaient été reconnues et consacrées par la loi des XII tables (3), et les Romains n'admettaient pas de modifications radicales à ce premier Code, fondement de leur lé-

(1) Cic., *de arusp.*, resp. 17.

(2) Cic., *de legibus* ; II. 19.

(3) Denys d'Halic. *Archæol.* II, 26 et 27.

gislation. Si dans le cours des siècles ils en éludèrent parfois les dispositions, quand elles n'étaient plus en rapport avec les mœurs ou les lois nouvelles, ils le firent toujours en ayant recours à des fictions légales, « affirmations qui cachent ou affectent de cacher » l'altération survenue dans une règle de droit dont l'application » change tandis que le texte subsiste (1). »

Ainsi, à mesure qu'on avance dans les siècles, on peut voir que si le droit illimité du père est toujours inscrit dans la loi, des restrictions nombreuses y ont été apportées. Les mœurs se sont adoucies sous l'influence des doctrines philosophiques du stoïcisme, ces doctrines venues de la Grèce et dont Cicéron fut à Rome l'interprète le plus éloquent.

Elles élèvent le droit au dessus des vulgaires conceptions terrestres pour le porter dans les hautes régions de la spiritualité.

« L'homme tient à l'espèce mortelle par la partie fragile et » matérielle de son existence, mais son âme est engendrée de » Dieu (2). »

« Il y a des règles immuables que la nature nous enseigne ; » quand la loi suit ces règles, elle est vraiment la loi, le Droit ; » quand elle s'en écarte, elle n'est que l'expression de la force » brutale et aveugle. »

C'est la reconnaissance et l'affirmation de droits antérieurs et supérieurs à ceux du législateur dans l'Etat, du père de famille dans la maison. Il n'est plus maître absolu, il n'est que le dépositaire d'une autorité dont il ne devra pas abuser, et cette autorité devra être protectrice et non pas barbare : « *In pietate non » in atrocitate consistere debet* » (3).

Mais les doctrines philosophiques seules ne sont pas capables de régénérer un peuple et, dans les siècles qui suivirent la chute de la République, la corruption avait envahi toutes les classes de la société romaine. Suivant l'expression d'un auteur, le législateur songeait à faire de la morale quand il n'y avait plus de mœurs (4).

On réprimait les abus odieux de la puissance ou plutôt de la force brutale, mais ces abus eux-mêmes avaient commencé à

(1) Sumner Maine, *op. cit.* p. 26.

(2) Cic., *de leg.* I. 8.

(3) Dig., 48. 9. 5.

(4) Gide. *De la condition des femmes*, p. 141.

affaiblir le principe de cette puissance. L'autorité morale du père n'existait plus. La protection même dont la loi était obligée de couvrir l'enfant était la condamnation du chef de famille, auquel son indignité enlevait le droit de prétendre au respect de ceux qui lui étaient soumis.

6. — *Influence générale du christianisme.* — On peut dire qu'à ce moment la société romaine tout entière tombait en décomposition. C'est alors que commencèrent à se répandre dans l'Empire des doctrines qui prenaient dans l'ordre religieux et moral la place et l'influence que le stoïcisme avait eues dans la Cité.

« L'influence des idées chrétiennes », dit Ortolan, (1) « pénètre » indirectement la philosophie des jurisconsultes encore attachés » à la religion de l'Etat, et même lorsqu'il est proscrit et persécuté, le christianisme agit sur les progrès de la jurisprudence » et de la législation dans une voie plus large et plus douce pour » l'humanité. »

Ses doctrines pénètrent d'abord chez les pauvres, les faibles, les déshérités du monde, et il s'établit peu à peu dans l'Empire, en se séparant de la société corrompue et en attirant à lui tout ce qui était bon encore. Séduits par ses enseignements, ceux que Rome appelle barbares se rangent sous sa loi. Mais bientôt ses idées éclatent et se répandent parmi les lettrés, les patriciens, ceux que leurs talents, leurs fonctions ou leur naissance placent à la tête de la société romaine; enfin Constantin achève son triomphe en proclamant sa vérité du haut du trône impérial.

Mais l'influence, pour ainsi dire occulte, que le christianisme avait exercée à l'époque même des plus violentes persécutions, n'augmenta pas autant qu'on serait en droit de le supposer, quand il fut demeuré, en apparence du moins, vainqueur de ses plus furieux ennemis. Les hérésies qui désolèrent l'Empire chrétien à son berceau furent plus funestes aux idées chrétiennes que les supplices sous lesquels on avait voulu les étouffer d'abord.

De plus, la corruption qui avait toujours été en grandissant devait persister longtemps encore avec les coutumes et les usages païens; et si Montesquieu a pu dire que : « le christianisme donna » son caractère à la jurisprudence, parce que » ajoute-t-il « l'em-

(1) *Hist. de la législ. rom.*, n° 424.

» pire a toujours du rapport avec le sacerdoce (1); » il ne faut pas oublier que le paganisme était encore vivant dans les idées et dans les mœurs des empereurs chrétiens eux-mêmes. Sept de ces empereurs acceptèrent le titre de grand pontife et le Sénat ne manquait jamais de placer sous l'invocation des divinités païennes les délibérations que le souverain lui demandait (2). Constantin n'avait pas pu transformer d'une manière complète les institutions et le droit tout entier, qui souvent n'avaient de chrétien que le nom, et tout en semblant protéger et exalter la religion on ne tendait le plus souvent qu'à l'asservir.

Il fallait qu'une société nouvelle se fondât sur les ruines de l'ancienne, pour opérer cette transformation. Ce rôle était réservé aux barbares.

Déjà ils remplissaient les territoires romains, portant les armes devenues trop lourdes pour les bras des citoyens dégénérés, nourrissant le peuple en cultivant les campagnes désertes; et lorsque leurs frères vinrent du Nord, ils purent les aider à jeter bas l'Empire détruit bien plus par ses vices que par leurs armées.

Mais à ce moment même, on peut voir quelle vitalité avaient les institutions romaines, puisque le bouleversement que produisirent les invasions ne put les faire disparaître.

Au milieu de l'effondrement de la société, le père de famille conserva ses prérogatives légales, quoique la corruption des mœurs eût bien affaibli son prestige. C'est que ces prérogatives formaient pour chaque citoyen une sorte de patrimoine auquel l'Etat ne touchait qu'à grand'peine et seulement lorsque l'exercice en était souillé par de trop graves abus.

Rome offre, en effet, un des rares exemples d'une nation qui, en fondant son gouvernement, un des plus forts cependant qui aient jamais existé, ait laissé au père de famille des droits presque sans limites.

Cette tendance du gouvernement central à s'approprier les droits des individus, tendance que l'on retrouve dans presque tous les états parvenus à un certain degré de civilisation, avait été moins forte dans la société romaine que dans toute autre. Outre

(1) *Esprit des lois*, XXIII, ch. 21.

(2) Troplong, *Influence du christianisme sur le dr. civ. des Romains*, p. 8.

qu'on y était observateur scrupuleux des traditions et des lois antiques, la législation tout entière reposait sur des principes fondamentaux comme sur une base qu'on ne pouvait ébranler sans mettre en péril l'édifice social lui-même.

La puissance paternelle était un de ces principes, comme le droit de cité. Ce fut une des institutions les plus fécondes parmi celles qui firent la grandeur du peuple romain. « La discipline » romaine, née de cette autorité, » a dit un auteur (1), « fut l'ancre » de la société romaine; ce fut à la fois sa dignité et son salut ».

Plus tard, il est vrai, quand les plus honteux désordres eurent détruit le foyer domestique, le chef de famille ne conserva plus du père que le nom, mais ce n'est pas parce que des abus se produisirent alors que l'institution doit être condamnée. Quel est l'établissement humain, quelque sage qu'il soit, qui n'entraîne pas des abus plus ou moins graves !

Une idée seule, en faisant remonter jusqu'à sa source première, l'autorité du père de famille, pouvait prévenir ces abus, mettre un frein aux violences du père et aux révoltes du fils : c'était l'idée de l'origine divine de la puissance paternelle. Elle avait dominé toute l'organisation antique de la famille, et nous en trouvons l'expression chez tous les grands philosophes païens que leur génie avait élevés au-dessus des superstitions de leur temps.

Platon disait que le père est l'image de la divinité et Aristote exhortait ses disciples à honorer leurs parents comme des dieux. Hyéroclès exprimait une idée analogue en disant que « le père et » la mère sont des dieux terrestres (2). »

Le christianisme devait l'inscrire à la base de ses enseignements en établissant le père comme le représentant de Dieu au sein de la famille. Il commande au fils d'obéir à son père (3), mais il dit en même temps au père de ne pas irriter son fils (4).

Si l'on appuyait l'autorité du chef de famille sur ces principes, si on les faisait pénétrer profondément dans les idées et dans les mœurs, on pourrait rétablir la puissance paternelle sur ses plus

(1) Dubois Guchan, anc. magistrat. *Tacite et son siècle*.

(2) Terrasson. *Hist. de la Jurisp. rom.* Ed. 1750, p. 54.

(3) *St Paul aux Ephes.* VI. 1. — *Aux Colos.* III. 20. 21. 23.

(4) *St Paul aux Ephes.* VI. 4. — *Aux Coloss.* III. 20. 21. 23.

larges bases, jamais on n'aurait à déplorer les excès qui, même dans nos sociétés modernes, déshonorent trop souvent le foyer domestique.

Section 2^{me}. — De la situation du père de famille à Rome et des personnes sur lesquelles s'exerçait sa puissance.

7. — *Caractères généraux de la patria potestas.* — Nous avons considéré la religion du foyer comme le fondement sur lequel reposait l'organisation de la famille romaine, et la source d'où découlait la puissance du père. On ne peut s'étonner de l'importance attachée à cette puissance, quand on songe qu'elle était, en définitive, la première assise de l'édifice social. Sumner Maine nous montre, en effet, la famille, liée par la puissance de l'ascendant mâle le plus âgé, comme le groupe élémentaire à Rome; puis l'agrégation des familles formant la *gens* ou maison; l'agrégation des maisons constituant la tribu, et enfin l'agrégation des tribus composant la République (1).

Ceci étant admis, la famille devait être constituée aussi fortement que possible, puisque le maintien de l'ordre au foyer domestique était un gage de la tranquillité de l'Etat.

A qui appartenait le droit de puissance paternelle? Nous trouvons au Digeste un texte d'Ulpien qui, en donnant la réponse à cette question, expose toute la théorie de la *patria potestas* romaine.

« *Paterfamiliās appellatur qui in domo dominium habet ;
» recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non ha-
» beat ; non enim solam personam ejus sed et jus demons-
» tramus* (2) »

(1) *Op. cit.*, p. 121.

(2) On appelle *père de famille* celui qui est le maître dans la maison, et on lui donne justement ce titre quoiqu'il n'ait point d'enfants, parce qu'on ne considère pas seulement sa qualité de père, mais sa qualité de maître et son autorité.

Et il ajoute : « *Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere. Singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt : idemque eveniet in eo qui emancipatus est, nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet* (1). »

Le même Ulpien, dans ses règles de Droit dit encore : « *Sui juris sunt familiarum suarum principes, id est patresfamilias* (2). »

Ce qui ressort de ces définitions, c'est que l'idée qui s'attachait principalement au titre de *paterfamilias*, était une idée de puissance; il était avant tout un maître, *qui in domo dominium habet*. Peu importait qu'il fût pubère ou impubère : (*patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes* (3), marié ou non, père ou époux sans enfants; par cela seul qu'il n'était soumis lui-même à aucune puissance, il jouissait sans limites de celle que Rome accordait à ses citoyens. Elle résidait en principe dans sa personne, même lorsqu'en fait elle ne pouvait pas s'exercer.

Tous ces caractères donnent, à la *patria potestas* romaine, une physionomie qu'elle n'a eue nulle part ailleurs : « *nulli alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus* (4). »

« A Rome, » dit M. Fustel de Coulanges, « la famille se compose d'un père, d'une mère, d'enfants, d'esclaves. Ce groupe, si petit qu'il soit, doit avoir sa discipline; à qui donc appartient l'autorité première? Au père? Non. Il y a dans chaque maison quelque chose qui est au-dessus du père lui-même, c'est la religion domestique, c'est le Dieu que les Grecs appellent *foyer maître*, que les Latins nomment *lar familiaris*. (5) »

(1) Enfin on appelle *père de famille* même un mineur : et lorsque le père de famille meurt, toutes les personnes qui étaient sous sa puissance forment chacun une famille différente et deviennent autant de pères de famille. Il en est de même du fils émancipé, car dès qu'il devient son maître, il a sa famille propre. — Dig. 50, 16, 195, § 2.

(2) *Reg. juris*, IV. I.

(3) Dig. 1, 6, 4.

(4) Gaius, 1. 55. — Instit. 1. 9. 2.

(5) *Cité antique*, p. 93. — Plaute, *Mercator*, V. 1, 5.

Dans cette petite société, ainsi placée sous l'autorité supérieure d'une divinité spéciale, il faut que la puissance soit exercée par un représentant visible, délégué du dieu domestique. Il faut que ce groupe organisé ait son chef, son magistrat, son prêtre, son législateur.

Le père sera tout cela.

Roi absolu, il commande et nul ne résiste à ses ordres.

Magistrat, il peut mander à son tribunal tous les membres de sa famille qu'il juge sans appel.

Prêtre, il offre les sacrifices aux dieux du foyer et accomplit les rites religieux des *sacra privata* au nom de toute la famille.

Législateur enfin, il donne encore des ordres pour le temps où il ne sera plus. « *Uti nuncupassit super pecuniâ tutelâve suâ rei, ita jus esto*, » disent les XII Tables en conférant au père le droit de faire lui-même son testament, et prolongeant ainsi ses pouvoirs jusque par delà le tombeau.

Cette puissance, qui faisait du père de famille, un véritable souverain, avait un autre caractère spécial, c'était la perpétuité. Le père conservait ses pouvoirs pendant sa vie tout entière, à moins que par un acte libre de sa volonté, il n'eût rendu lui-même la liberté à son fils en l'émancipant. Ni l'âge de celui-ci, ni son mariage, ni les dignités dont il se trouvait revêtu ne pouvaient le soustraire à l'autorité paternelle.

Cependant nous devons faire ici une restriction, et établir une distinction entre la vie privée et la vie publique du citoyen. Rome voulait que la puissance paternelle fût une auxiliaire et non pas une entrave à l'autorité de l'Etat.

« Dans toutes les relations sociales dans lesquelles l'Etat peut »
» vait profiter de la sagesse ou de la force du fils pour le conseil »
» ou pour la guerre, le *filiusfamiliâs* soumis à la puissance pa- »
» ternelle était aussi libre que son père. » (1)

Il participait à la direction des affaires publiques dont il discutait la conduite dans les assemblées du Forum ou dans les conseils des magistrats. Et si les suffrages du peuple l'avaient investi d'une dignité; si consul ou même dictateur, il se trouvait en

(1) Sumner Maine, *op. cit.* p. 130.

possession de l'autorité souveraine, il pouvait dicter des lois devant lesquelles son père, qui, dans sa demeure, restait son maître absolu, était cependant contraint de s'incliner.

Aulu Gelle raconte que le consul Fabius Maximus rencontra un jour sur la voie publique son père qui traversait la ville à cheval. Comme consul il avait droit aux marques extérieures de respect de la part de son père, comme de celle des autres citoyens, et sur son passage tous devaient s'incliner. Son père, cependant, ne voulant pas abaisser sa majesté paternelle, refusa de descendre de cheval, *quod pater erat*.

Alors Fabius lui ordonna de le faire, et il obéit en louant son fils d'avoir fait respecter, en sa personne, le pouvoir du peuple : *filium collaudavit cum imperium, quod populi esset, retinere* (1).

Tel était le principe ; il faut reconnaître que, dans l'application, il pouvait être souvent difficile de concilier la puissance paternelle et les pouvoirs publics. Comment, en effet, le père aurait-il pu conserver intacts tous ses droits paternels sur son fils, quand ce fils était obligé, par exemple, de passer presque toute sa vie à la guerre ou dans des provinces éloignées, dans lesquelles il exerçait le commandement suprême.

Nous devons croire, cependant, qu'il y avait encore bien des circonstances dans lesquelles la puissance du père se manifestait d'une manière effective à l'égard du *filiusfamiliâs*, même revêtu des plus hautes dignités, puisque les auteurs nous rappellent les règles de la loi à ce sujet (2).

En résumé, les caractères principaux de la puissance paternelle romaine sont l'étendue sans limites et la perpétuité. De plus, le *paterfamiliâs* romain, étant bien plus ce que nous appellerions un chef de famille, qu'un père de famille dans le sens que nous attachons actuellement à ce mot, pourra ne pas avoir d'enfants, ne pas être marié, n'être lui-même qu'un enfant au berceau. Sa famille pourra ne se composer que de biens, d'esclaves, d'affranchis ou de clients (3); la *patria potestas* est un droit qui fait partie de son patrimoine, et dont il aura toujours la jouissance alors même qu'il n'en aura pas l'exercice.

(1) Aulu Gelle. *Nuits attiques*, II, 2.

(2) *Denys d'Halic.*, II, 26.

(3) Ortolan. *Hist. législ. rom.*, p. 30.

8. — *Des personnes qui sont in patria potestate.* — Sur quelles personnes s'exercera cette puissance? Gaius répond à cette question en énumérant les trois catégories d'enfants qui peuvent être *in patria potestate* :

« 1^o *In potestate nostrâ sunt liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus* (1). »

« 2^o *Aliquandô autem evenit ut liberi, statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant ac postea tamen redigantur in potestatem* (2). »

« 3^o *Non solum autem naturales liberi, secundum ea quæ diximus, in potestate nostrâ sunt, verum etiam hi quos adoptamus* (3). »

La première catégorie comprend les enfants légitimes, nés de l'union par excellence, l'union du droit civil, et, devons-nous ajouter, les enfants de ces enfants, des fils du moins. La seconde s'entend des enfants nés en dehors des justes noces, mais qui, par suite de circonstances spéciales ou en vertu d'actes légaux, sont considérés comme enfants légitimes; ce sont les légitimés. La troisième catégorie enfin comprend les enfants adoptifs.

Tous ces enfants étaient-ils dans une situation identique au point de vue de la puissance paternelle? A l'origine, oui; du moins en ce qui concerne les enfants légitimes et les enfants adoptifs, la légitimation ne devant être connue que plus tard.

Mais quand l'adoption ne fut plus qu'un moyen employé pour jouir des prérogatives accordées au père de plusieurs enfants (4), certains enfants adoptifs ne tombèrent plus sous la puissance de l'adoptant. Ce ne fut toutefois que plus tard que le but de l'adoption fut ainsi corrompu; auparavant il n'y avait aucune distinction à établir entre les diverses catégories que nous venons de signaler. Et si nous ne retrouvons pas, chez les deux dernières, des traces des droits sans limites exercés à l'origine sur les enfants légitimes, c'est que ces droits étaient tombés en désuétude à l'époque où les adoptions devinrent plus fréquentes et à celle où parurent les premières légitimations.

(1) Gaii comment, I. 55.

(2) Gaii comment, I. 65.

(3) Gaii comment, I. 97.

(4) Dion Cassius, LVI. 10. — Aul. Gel. N. att. V. 19.

Si nous prenons une famille romaine, une *domus* avec tous ses éléments constitutifs, nous trouvons au sommet de la hiérarchie le *paterfamiliâs*, chef suprême et unique; au-dessous de lui, son épouse, la *materfamiliâs* qui, malgré l'infériorité du rang qu'elle occupe au foyer et sa dépendance vis-à-vis de son mari, conserve une influence incontestée (1); et enfin les enfants, les *filicefamiliâs* non mariées ou mariées sans *manus*, et les *filii familiâs* avec leurs épouses et leurs enfants.

Si, à cette énumération, nous joignons les enfants ou petits-enfants légitimés et adoptifs, les esclaves et les affranchis, nous aurons un tableau complet de ce que pouvait être une famille romaine.

Nous avons indiqué les esclaves comme faisant partie de la famille, bien que la puissance à laquelle ils étaient soumis fût d'une nature différente de la *patria potestas*. Ils participaient aux fêtes du foyer (2), et c'est à cause de cette sorte d'initiation au culte domestique qu'après leur affranchissement ils continuaient à faire partie du groupe familial. Il en était de même en Grèce où l'on faisait une cérémonie d'initiation, cérémonie dans laquelle l'esclave offrait un sacrifice au dieu du foyer, et partageait avec la famille des gâteaux et des fruits (3).

La réunion de toutes ces personnes, qui obéissaient à un même maître, faisait de la famille romaine une sorte de tribu, une corporation ayant sa vie propre et indépendante au sein même de l'Etat. Mais cette famille disparaissait tout entière devant son chef, elle s'absorbait en lui; l'Etat ne connaissait que lui, et c'était la manière la plus évidente de proclamer son absolue puissance.

Nous examinerons quels étaient les faits générateurs de cette puissance avant d'étudier en détail les droits qui y étaient attachés.

(1) Gide, *op. cit.*, p. 108, 109, 110.

(2) Cic. *de leg.*, XI, 8, 11, 12.

(3) Aristote. *Econom.*, I, 5. — Eschyle. *Agamemnon*, 1038. — Démosth. *In Steph.*, I. 74.

CHAPITRE II

DES MODES D'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Nous avons distingué trois catégories diverses d'enfants en puissance. A chacune correspond un mode différent d'acquisition de cette puissance.

Les justes noces donneront au père l'autorité sur les enfants qui en naîtront et qui seront les enfants légitimes.

La légitimation placera *in patria potestate* les enfants naturels qui étaient auparavant *sui juris*.

Enfin l'adoption, tantôt fera passer un *alieni juris* d'une puissance sous une autre, ce sera alors l'adoption proprement dite ; tantôt soumettra à l'autorité paternelle un *sui juris* maître de ses droits, ce sera l'adrogation.

Section 1^{re}. — Des justes noces.

9. — *Des diverses unions reconnues par le Droit romain.*

— Si nous considérons le père de famille, le *paterfamilias*, comme le chef de la maison, le *princeps familiæ* (1), réunissant en sa main toutes les puissances, paternelle, maritale, etc., nous pourrions dire que les justes noces, comme les autres faits que nous venons d'énumérer, ne font pas, à proprement parler, naître

(1) Dig., 50, 16, 196.

la *patria potestas*. On ne peut les considérer que comme le point de départ de la mise en exercice de cette puissance, qui résidait déjà en principe dans la personne du chef de la famille. Et encore ceci ne sera vrai que des noces contractées par le *sui juris* ; car n'oublions pas que le *filiusfamilias* pourra se marier, accomplir toutes les solennités dont on accompagnait généralement l'union légitime, sans acquérir le droit d'exercer, actuellement du moins, aucune puissance, ni sur son épouse, ni sur ses enfants.

Mais comme il ne saurait exister d'autorité légale au profit du père sur les enfants qu'il aurait procréés en dehors des *justæ nuptiæ*, c'est avec raison qu'on peut dire, dans un certain sens, qu'elles font acquérir cette puissance.

Qu'étaient les justes noces ? Une définition complète est difficile parce que les points de contact étaient nombreux entre le mariage légitime et les autres unions d'un ordre inférieur, mais également permises et même reconnues par le droit civil. Les différences qui les séparaient, du moins quant au mode de leur célébration, ne résidaient souvent que dans des nuances qui nous échappent.

Au temps même du jurisconsulte Paul, on n'avait pu arriver à une autre conclusion qu'à celle qu'il formulait ainsi : « *Concubinam ex solâ animi destinatione æstimari oportet.* » (1)

Ceci ne saurait être vrai que depuis Auguste qui, le premier, organisa le concubinat et le reconnut comme union licite ; *Concubinatus per leges nomen assumpsit* (2). Avant lui, on a prétendu que rien ne le distinguait des unions illégitimes (3), et Cicéron appelait concubine la femme qui vivait avec un homme marié (4). Tout cela devait se modifier plus tard ; sous Justinien on ne pouvait avoir plusieurs concubines à la fois (5).

Et cependant, malgré cette reconnaissance légale d'une union

(1) Dig. 25. 7. 4.

(2) Dig. 25. 7. 3. § 1. *Leges* s'entend ici des lois d'Auguste.

(3) Heineccius. *L. Pappia*, Lib. II. Ch. 3. § 3.

(4) *De Orat.*, I. — Si le mariage avait été contracté avec *manus*, cette concubine était considérée comme infâme et vouée au mépris public. « *Pellicem appellatam, probrosamque habitam quæ juncta consuetudine esset cum eo in cujus manu mancipioque alia matrimonii causa foret.* » (Aul. Gel. *n. att.*, IV, 3.

(5) Nov. XVIII, 5.

que nos mœurs réprouvent, quel abîme entre la *materfamiliâs*, l'épouse légitime et la concubine !... Ce dernier nom n'a pas sans doute la signification infamante que nous y attachons ; mais si la concubine romaine est encore une épouse, il ne saurait être question pour elle ni de considération, ni d'honneurs. Jouet soumis au caprice de celui qui est avant tout son maître, elle n'est même pas protégée contre sa propre faiblesse par les lois que la licence des mœurs force à promulguer contre les adultères : « *Nec adulterium per concubinatum committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit extrâ legis pœnam est.* » (1). Ses enfants ne se rattachent par aucun lien de puissance à leur père, et elle-même n'a sur eux aucune autorité légale.

Pothier ne cite en droit romain que ces deux unions : « Les citoyens romains pouvaient contracter deux différentes espèces de mariage ; on appelait l'un *justæ nuptiæ*, l'autre *concubinatus*. » (2)

Mais il existait un état intermédiaire, une union qui avait lieu, par exemple, entre personnes n'ayant pas entre elles le *connubium* ; c'était le mariage injuste, *non legitimum matrimonium* (3).

Quels étaient les caractères spéciaux de ces mariages ? Ce serait trop nous écarter de notre sujet que d'en faire une étude approfondie, nous nous contenterons de citer une note de Troplong qui s'y rapporte.

« Suivant Rœvardus, (4) » dit-il, « un mariage est injuste de plusieurs manières, une épouse est injuste pour diverses causes : 1^o une épouse est injuste, à son avis, quand elle n'a pas été mariée avec les cérémonies qui donnaient la puissance maritale (*farreo, coemptione*). Mais tout cela est erroné, Rœvardus n'a pas bien compris ce point du Droit romain 2^o Une épouse est injuste quand le mariage n'est pas permis avec elle ; » par exemple, quand on se mariait contre les prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* » (5). « Ces sortes de

(1) Dig. 25, 7, 3, § 1.

(2) *Contrat de mariage*, n^o 6.

(3) Dig., 50, 1, 37. — Dig., 48, 5, 13, § 1.

(4) *Varior.* IV, 16.

(5) Ulpien, XVI, 2.

» mariages, dit Rœvardus, n'étaient point dissous par la loi,
» mais elle ne leur accordait pas d'effets civils ; ils n'engen-
» draient pas la puissance paternelle (1). Toutefois je re-
» marque qu'un sénatus-consulte, rendu sous Commode, les ren-
» dait *irrita*. C'est pourquoi l'épouse n'était pas *uxor* (2) ; il n'y
» avait pas noces (3). Du temps de Cicéron, il paraît qu'il fallait
» recourir au divorce pour faire dissoudre le mariage entre per-
» sonnes qui n'avaient pas le *connubium* (4). Ces mariages
» étaient non-seulement vicieux (5), mais délictueux. Marcianus
» disait en effet : *Delinquant enim hi qui prohibitas nuptias*
» *contrahunt* (6). 3^o Un mariage est injuste par défaut de con-
» sentement du père, mais Paul (7) nous apprend que ces
» mariages n'étaient pas susceptibles de dissolution par des mo-
» tifs d'intérêt public » (8).

Les enfants dans ce mariage comme dans le concubinat, sui-
vaient la condition de leur mère (9). Ils n'entraient pas dans la
famille civile, l'agnation. Rattachés à leur mère par les seuls
liens du sang, par la cognation, ils étaient privés de la protec-
tion du chef de famille, en même temps qu'ils échappaient à sa
puissance, et bien qu'ils eussent un *pater certus*, un père re-
connu par la loi, le lien qui les unissait à lui n'emportait aucune
idée d'autorité.

L'enfant naturel ne pouvait être, par conséquent, ni sous la
patria potestas de son père ni sous celle de sa mère, puisque la
puissance légale n'appartenait qu'aux mâles, *mulier familiæ suæ*
et caput et finis est (10). Il fondait à son tour une famille, mais
à cette famille manquaient et les ancêtres et les traditions.

Malgré ces différences qui séparaient le fils naturel du fils légi-
time, le concubinat n'avait pas, nous le répétons, un caractère

(1) Cfr. Heineccius *sur les lois Julia et Papia Poppæa*. L. II, ch. 6, § 3.

(2) Ulpien, Dig. 23, 2, 27 et 31.

(3) Dig., 23, 2, 16 et 42.

(4) Cic. *Topiques*, IV.

(5) Gaius, 1, 87.

(6) Dig., 30, 1, 128.

(7) *Sent.*, 2, 19, 2.

(8) Troplong, *Infl. du christ.*, p. 16 en note.

(9) Ulpien, *fragm.* V. 8.

(10) Dig., 50, 16, 195, § 5,

infamant; et il ne pouvait pas en être autrement, puisqu'il y avait des circonstances dans lesquelles c'était la seule union permise, même aux citoyens.

Lorsque les deux conjoints étaient citoyens romains, on ne présumait que leur union était un concubinat qu'autant que la femme était de basse naissance, affranchie ou déshonorée par la prostitution (1).

Si elle était ingénue et honnête, le citoyen romain qui voulait la prendre comme concubine et non comme épouse, devait manifester formellement son intention au moyen de ce qu'on appelait la *testatio*, ou bien la femme devait consentir à perdre son titre d'*honesta mulier*. Pas d'alternative, l'union entre le citoyen romain et la romaine ingénue et honnête devait être l'union du droit civil, les justes noces, ou bien c'était un commerce illicite, un *stuprum*; il n'y avait pas place ici pour le concubinat. « *Si honestæ vitæ et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur; sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem cum ea stuprum committere* » (2).

On voit d'après ces divers caractères que Paul est allé un peu loin en disant que l'intention seule peut faire distinguer la concubine de l'*uxor*.

Résumons les circonstances que feront infailliblement distinguer le mariage légitime des autres.

Si les deux conjoints sont l'un et l'autre romains ayant entre eux le *connubium*, l'union sera considérée comme légitime, à moins que par un acte formel ils n'aient manifesté l'intention de contracter un concubinat.

A l'inverse, si deux personnes de conditions inégales contractent un mariage entre elles, on présumera toujours que ce mariage est un concubinat. Si elles veulent s'unir par les justes noces, elles devront en manifester l'intention, par exemple, en faisant dresser un *instrumentum dotale*, la constitution de dot ne pouvant exister que dans le mariage légitime.

Si les deux conjoints n'ont pas, entre eux, le *connubium*; par exemple, si l'un des deux est étranger, alors le mariage est in-

(1) Dig., 25, 7, 3.

(2) Dig., 25, 7, 3.

juste, c'est l'union du droit des gens. Enfin si leur commerce est illicite, il y a *stuprum*. C'est un délit réprouvé par les mœurs, quelquefois puni par les lois.

Et en revenant à notre sujet, nous nous résumerons également en disant : Si le père et la mère sont unis par les *justæ nuptiæ*, les enfants sont en puissance de leur père, *in patriâ potestate*.

S'ils vivent au contraire en concubinat, nulle puissance n'existe sur les enfants ni au profit du père ni au profit de la mère. L'enfant est *sui juris*.

Enfin, si le mariage est injuste, le père ne peut, en aucune façon, posséder la puissance paternelle, telle que le droit romain l'avait organisée, mais il aura cette autorité que le droit naturel accorde partout au père sur ses enfants.

Enfin, s'il y a *stuprum*, l'enfant n'a pas de père reconnu ; donc, il est libre.

10. — *Définition et conditions des justes noces*. — Nous pouvons citer maintenant la définition que Modestin donne des justes noces : « *Sunt conjunctio maris et feminae, consortium* » *omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (1). »

Conjunctio maris et feminae, c'est l'union proprement dite, Ce pourrait être la définition du concubinat ; mais, dans la suite de la phrase de Modestin, nous trouvons immédiatement ce qui donne à cette union de l'homme et de la femme son véritable caractère.

Le *consortium omnis vitæ* est la mise en commun, pendant la vie tout entière, des joies et des peines ; et si la tradition, qui place au VI^e siècle de Rome le premier exemple de divorce, est fort controversable, il n'en demeure pas moins certain que, pour les premiers Romains, ceci n'était pas une vaine formule.

Quand Spurius Carvilius Ruga demandait aux censeurs l'autorisation de divorcer, il n'usait pas purement et simplement d'une liberté accordée par les lois. C'était, nous dit Aulu Gelle, un homme de grande famille, il voulait se séparer de sa femme parce qu'elle était stérile. Il l'aimait avec tendresse et n'avait qu'à se louer de sa conduite. Mais il sacrifia son amour à la religion du serment parce qu'il avait juré, dans la formule du

(1) Dig. 23, 2, 1.

mariage, qu'il la prenait pour épouse afin d'avoir des enfants (1).

On peut tirer de cet exemple la conclusion, qu'il en était du divorce comme du droit de vie et de mort. Si la législation autorisait l'un et l'autre, du moins ne voulait-elle pas qu'on agit à la légère et sans juste cause.

Plus tard il ne devait pas en être ainsi, et Juvénal, en redisant les désordres du foyer conjugal, pourra flétrir l'épouse romaine en disant d'elle qu'elle ne compte pas les années par les consulats, mais par le nombre de ses maris (2).

Le second caractère spécial attribué par Modestin aux justes nocces, c'est la *divini et humani juris communicatio*, la participation de l'épouse aux sacrifices de la famille du mari et son élévation au rang que le mari occupait lui-même dans la société.

C'est, du reste, sur une idée essentiellement religieuse que reposait le mariage romain. Les cérémonies qui, sans être nécessaires pour la validité du mariage, en accompagnaient la célébration, en sont la preuve. L'épouse n'entrait vraiment dans la famille civile, dans l'agnation de son mari, que si elle avait été admise à offrir les sacrifices, les libations aux dieux familiers, et à partager avec son époux le gâteau consacré. Plus tard ceci disparut et il arriva souvent que le père, en mariant sa fille, ne la détacha plus de son foyer et garda sur elle une puissance que le mari considérait comme une charge, plutôt que comme une prérogative.

Nous avons vu ce qu'étaient les justes nocces, nous passerons en revue en quelques mots les conditions nécessaires pour pouvoir les contracter, ainsi que les modifications apportées successivement à cette branche du Droit.

Les Romains étaient extrêmement jaloux d'avoir en tout une législation exclusivement nationale, une organisation juridique qui les distinguât des nations voisines.

A la base de cette organisation, ils avaient placé le droit de cité sans lequel on ne pouvait participer aux prérogatives accordées aux citoyens dans le droit privé comme dans le droit public.

(1) Aul. Gel., *Nuits att.*, 4, 3.

(2) Juv. *Sat.*, VI, 239.

Par le fait seul qu'on jouissait du *jus civilis* on pouvait être propriétaire *ex jure Quiritium*, remplir les fonctions publiques et dans le sein de la famille exercer la puissance paternelle. Le législateur ne pouvait pas ne pas établir également un mariage spécial, produisant des effets particuliers, et propre au seul citoyen romain (1) ; afin de pouvoir dire de cet acte, qui est essentiellement du nombre de ceux que chacun peut accomplir en vertu du seul droit naturel, ce qu'il disait des autres : *quod et jus proprium civium romanorum est*.

Pour conserver à cette union, qu'on appelait *juste*, son caractère national, on avait exigé que les futurs époux eussent entre eux le *connubium*, c'est-à-dire le droit de s'unir légitimement et légalement l'un à l'autre, et l'on avait réservé le *jus connubii* aux seuls citoyens romains.

À l'origine, le *connubium* n'existait pas entre patriciens et plébéiens, entre ingénus et affranchis. Mais, remarquons-le bien, ce n'était là qu'une prohibition de classe à classe : les plébéiens entre eux, les affranchis entre eux, conservaient toujours le *jus connubii*, par conséquent le droit de contracter les justes noces.

Nous avons vu, en étudiant la formation et l'organisation de la société romaine, comment ces prohibitions disparurent. Les dernières barrières furent levées sous Auguste, quand Rome était menacée de périr faute d'habitants. Toute la législation de cette époque tendait à multiplier les mariages en les facilitant le plus possible. Mais tous les efforts de ce genre ne pouvaient donner que des résultats éphémères, la cause du mal résidant surtout dans la corruption des mœurs.

Les autres empêchements mis par la loi au mariage de telles ou telles personnes, entre elles, étaient fondés soit sur les liens de parenté, soit sur des motifs de morale dont nous n'avons pas à nous occuper ici. Il nous suffisait d'examiner le mariage à un point de vue général et en tant que source de l'autorité du père de famille.

Bien que ce fût là le mode naturel d'acquisition de la puissance paternelle, ce n'était pas le seul.

D'autres faits postérieurs à la naissance des enfants pouvaient

(1) Inst., 1, 10, pr.

les placer *in patria potestate*, soit en leur faisant perdre leur qualité de *sui juris*, soit en les faisant passer de la puissance de leur père naturel sous celle d'un *paterfamiliās* étranger.

Section 2^{me}. — De la légitimation.

11. — *Cas divers de légitimation avant Constantin.* — Certains faits d'une nature toute spéciale et qui ont quelque analogie avec la légitimation dont ils ont été en quelque sorte le prélude et l'origine, faisaient naître la puissance paternelle sur des enfants issus d'unions autres que les justes noces.

Etant donné le lien étroit qui unissait cette puissance au droit de cité, il est évident que le jour où l'étranger devenait citoyen, il acquérait tous les droits et tous les privilèges attachés à ce titre.

Mais, en dehors de ces circonstances, qui n'étaient que la stricte application d'une règle bien définie, les jurisconsultes citent des cas particuliers sur lesquels nous devons nous arrêter avant d'étudier la légitimation proprement dite.

Dans ces exemples, cités par Gaius (1), certaines unions contractées dans des conditions telles qu'il ne pouvait y avoir justes noces, sont plus tard, par suite de circonstances spéciales, considérées comme unions légitimes; ou, pour parler un langage plus romain, comme *justæ nuptiæ*; les enfants nés de ces unions deviennent *liberi legitimi* et sont placés *in patria potestate*.

1^o Un latin épouse une latine ou une citoyenne romaine (2). Dans les deux cas le *connubium* n'existe pas entre eux, il n'y a pas justes noces. Notons, en passant, bien que cela importe peu au point de vue qui nous occupe, qu'il y avait une différence entre les deux cas; au premier, les enfants étaient latins; au second, ils étaient citoyens; ainsi le décida un sénatusconsulte rendu sous Adrien (3). Quand son fils était âgé d'un an, *annicu-*

(1) *Comment.*, 1, 65 et suiv.

(2) Gaius, 1, 29 et suiv., 66.

(3) Gaius, 1, 80.

lus, le latin prouvait qu'il s'était marié dans le but d'avoir des enfants, *liberorum quærendorum causâ*, ce qui était attesté par les témoins devant lesquels il avait fait cette déclaration lors de son mariage. Cette preuve suffisait à lui faire acquérir la cité romaine et les avantages qui y étaient attachés.

2° Le second cas est celui où un citoyen romain épousait, par erreur, une pérégrine ou une latine croyant épouser une Romaine (4). Il lui naissait un fils; ce fils, issu d'une union contractée entre deux personnes qui, en fait, n'avaient pas entre elles le *connubium*, était pérégrin ou latin, suivant la condition de sa mère. Mais un sénatus-consulte permit à ce citoyen de prouver son erreur; du jour où cette preuve était faite, son épouse et son fils acquéraient le droit de cité; son union était réputée avoir été conclue selon le droit civil, et l'enfant tombait sous sa puissance.

Si l'épouse au lieu d'être pérégrine simple était déditice, elle gardait sa position (1), le fils seul devenait citoyen et par conséquent était soumis à la puissance de son père.

3° Les mêmes règles recevaient leur application quand une citoyenne romaine épousait par erreur un latin ou un pérégrin le croyant citoyen. En prouvant son erreur elle faisait acquérir à son mari et le droit de cité et la puissance sur ses enfants (2).

4° Une citoyenne épousait un pérégrin le croyant latin, ou un déditice le croyant citoyen ou latin, elle était admise comme au cas précédent à prouver son erreur, et son fils devenant citoyen, tombait, dans le premier cas du moins, sous la puissance de son père. Nous disons dans le premier cas: Gaïus, en effet, nous apprend que le déditice ne devenait pas citoyen au moyen de la preuve de l'erreur, et son fils, parvenant seul à la cité, demeurait *sui juris* (1).

D'après la loi *Mensia*, rendue sous Auguste (an 750), le fils dans ce cas aurait dû être non pas citoyen, mais pérégrin ou même déditice: « *Lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet* (2) ». Un res-

(1) Gaïus, I, 67.

(2) Gaïus, I, 67, *in fine*.

(3) Gaïus, I, 68.

(4) Gaïus, I, 68.

(5) Ulp., *reg.*, V, § 8.

crit d'Adrien, revenant aux vrais principes, en vertu desquels, l'enfant né en dehors des justes noces doit suivre la condition de sa mère, décida que cet enfant serait citoyen (1), mais ne serait pas toutefois *in patria potestate*.

5° On accordait également le bénéfice de la preuve de l'erreur à la femme latine qui avait épousé un pérégrin le croyant latin ; au pérégrin qui avait épousé une pérégrine la croyant latine ou citoyenne romaine ; au citoyen qui se croyant latin avait épousé une latine ; au latin qui se croyant pérégrin avait épousé une pérégrine (2).

Dans tous ces cas, la preuve de l'erreur étant effectuée, il y avait au profit de tous acquisition de la cité romaine, et le père était investi des droits de puissance sur ses enfants.

Tous ces points différents avaient été réglés, les uns par des sénatus-consultes spéciaux, les autres par la loi *Ælia Sentia*.

Il est bien évident que la *patria potestas* appartenait au pérégrin qui, ayant géré une magistrature ou rempli une charge publique, était par là même devenu citoyen (3).

Remarquons cependant que dans le cas où le pérégrin recevait le droit de cité par une faveur impériale, son fils ne tombait sous sa puissance qu'autant qu'en demandant au prince de lui accorder le titre de citoyen, il avait demandé aussi qu'on lui concédât les droits de puissance sur ses enfants déjà nés (4). Et cela avait lieu bien qu'en réalité le fils devint Romain comme son père. Il n'en était pas de même du latin qui, en acquérant la cité romaine, acquérait toujours la *patria potestas*.

Tous ces divers modes d'acquisition de la puissance paternelle sont la conséquence d'une sorte de légitimation, si l'on peut donner ce nom à la régularisation d'une union, qui n'est pas illégitime dans le sens que nous attachons à ce mot, mais qui ne produit pas d'effets civils.

Quand l'obstacle qui s'opposait à ce qu'il y eût justes noces entre les conjoints vient à disparaître, la loi, par une faveur spéciale, suppose que ce mariage a été dès l'origine contracté

(1) Gaius, I, 80.

(2) Gaius, I, 69 et s.

(3) Gaius, I, 96.

(4) Gaius, I, 93, 94.

jure civili et le droit de puissance paternelle existe au profit du père.

12. — *De la légitimation par mariage subséquent.* — Il vint, du reste, une époque où le droit de cité ayant été étendu d'une manière presque illimitée, ces cas devinrent de plus en plus rares, jusqu'au jour où ils disparurent complètement avec la concession que fit Caracalla des droits de citoyens à tous les sujets de l'Empire (1). (Commencement du III^e siècle).

Enfin Constantin établit une véritable légitimation (2) qui se rapprochait davantage dans sa forme de celle qui existe dans notre Droit.

Il n'est pas inutile cependant de faire remarquer la différence radicale qui les sépare.

L'idée de réparation d'une faute, base de notre légitimation actuelle, est inconnue en droit romain. Il n'entraît pas dans la pensée du Romain égoïste qu'il pût être tenu de quelque obligation vis-à-vis de l'enfant né en dehors du mariage. L'idée de protection n'existait pas ou du moins n'existait que d'une manière très vague, et quand le père cherchait à légitimer son enfant naturel, ce n'était pas pour donner à cet enfant un rang plus honorable dans la société, mais pour avoir un fils continuateur de sa personne, héritier de ses biens, et qui pût lui donner le droit de participer aux avantages refusés aux époux sans enfants.

Il est juste, du reste, de faire observer que l'enfant naturel n'était pas dans la société personne infâme, *infamis persona*. Dans le public, on considérait seulement comme marqués de la *nota levis*, les *spurii*, les enfants sans père, et à plus forte raison les enfants adultérins ou incestueux. Mais ils n'en participaient pas moins les uns et les autres à tous les droits et pouvaient même remplir les fonctions publiques. Le grand point qui les séparait des *liberi legitimi*, c'est qu'ils n'entraient pas dans l'agnation de leur père, et par conséquent n'étaient pas soumis à la *patria potestas* (3).

L'opinion la plus générale place les premières légitimations faites par acte spécial à l'époque de Constantin.

(1) Dig., 1, 5, 17.

(2) Code, 5, 27, 5.

(3) Heineccius, *Ant. rom.*, I, X, XXI.

On a voulu tirer de deux textes du Digeste une preuve de l'existence antérieure d'une véritable légitimation; mais il ne semble pas que cet argument soit concluant.

L'un de ces textes, placé au titre de l'Adoption (1), parle du cas où un enfant né d'un père esclave peut, par rescrit du prince, être placé sous la puissance de son père, à la condition toutefois que, depuis sa naissance, son père ait été affranchi. Ulpien ajoute qu'il n'est pas douteux que ce fils ne devienne lui-même affranchi, *libertinus*.

L'autre texte, au titre : *De ritu nuptiarum* (2), cite un cas de mariage nul dans lequel le prince donne pour des raisons particulières le titre et la qualité d'enfants légitimes à ceux qui en sont issus.

Mais dans le premier cas il est question d'une adrogation, le titre le prouve; et dans le second, ce n'est qu'un bénéfice spécial accordé par les empereurs à titre de faveur isolée. Ni dans l'un ni dans l'autre on ne se trouve en présence de la véritable légitimation romaine, puisque, en principe, les enfants nés en concubinat pouvaient seuls être légitimés.

Dans tous les cas, qu'il existât ou non auparavant un mode quelconque de faire parvenir les enfants naturels au rang d'enfants légitimes, ce fut à partir de Constantin seulement que l'on connut la légitimation qui s'opérait par le mariage subséquent des père et mère naturels. Et encore ce bénéfice ne fut-il applicable qu'aux enfants naturels nés à cette époque et non à ceux qui pourraient naître dans la suite « *jubemus qui ante hanc legem*, etc... » dit la Constitution rappelée par Zénon et renouvelée par lui dans le même sens (3).

Anastase donna un caractère général et définitif à cette règle et l'appliqua à tous les enfants naturels nés ou à naître d'un concubinat actuellement existant, *in presenti* (4); et enfin Justinien réglementa cette légitimation pour l'avenir et traça les limites dans lesquelles on devait la renfermer (5).

La mère devait être libre et ce ne fut que plus tard qu'on per-

(1) Dig., 1, 7, 46.

(2) Dig., 23, 2, 57.

(3) Code, 5, 27, 5.

(4) Cod., 5, 27, 6.

(5) Cod., 5, 27, 10.

mit de légitimer le fils de l'esclave (1). Les deux conjoints devaient avoir entre eux le *connubium*; l'union de laquelle étaient issus les enfants devait avoir été un *concubinat* et non un *stuprum*. De plus, il fallait qu'un *instrumentum dotale* fût dressé pour prouver d'une manière indiscutable les justes noces, et enfin on devait requérir le consentement des enfants, auxquels cet acte enlevait le caractère de *sui juris* pour les placer sous l'autorité de leur père.

13. — *De la légitimation par oblation à la Curie.* — Un second mode de légitimation fut institué par Théodose sous le nom de légitimation *par oblation à la Curie* (2). L'abaissement dans lequel étaient tombées les fonctions de décurion dans la société romaine peut seul expliquer cette disposition législative.

La Curie était le Sénat des colonies et des municipales; ce Sénat était à l'origine composé des magistrats de la cité, puis plus tard au contraire ces magistrats se recrutèrent dans son sein. A toutes les époques, de grands honneurs, des prérogatives nombreuses furent attachés à la qualité de curial, qualité qui était surtout héréditaire, mais dont de riches citoyens sollicitaient parfois la concession pour participer à ces prérogatives et à ces honneurs, bien compensés du reste par les obligations onéreuses qui en résultaient.

En effet, bien que les curiaux formassent le premier ordre de la ville, leur situation les réduisait en réalité au plus dur de tous les esclavages. Responsable des impôts de la colonie qu'il était chargé de percevoir, obligé de donner des fêtes au peuple, opprimé par le gouvernement de la métropole qui pouvait lui demander compte même de l'administration de ses collègues, le décurion, ne pouvant en aucune manière se débarrasser de ce fardeau écrasant, « considérait comme un affranchissement les charges ou les » situations sociales qui en libéraient ou qui en dispensaient. » (3)

Ce fut alors que Théodose imagina, pour remplir l'*Album curiale*, de faire parvenir au rang d'enfants légitimes les enfants naturels qui y auraient été inscrits.

(1) Nov., XVIII, 11.

(2) Cod., 5, 27, 3.

(3) Ortolan, *Hist.* n° 444.

Il n'est pas tout à fait exact de dire que l'enfant prenait absolument le rang d'enfant légitime. Qu'il fût fils ou non d'un curial, qu'il eût ou non, du moins depuis Justinien, des frères et sœurs légitimes, l'enfant naturel, offert à la Curie, n'entraît pas dans l'agnation de son père. Celui-ci pouvait néanmoins lui donner tout ou partie de sa fortune et plus tard on voulut même qu'il acquit à la succession paternelle des droits analogues à ceux qu'il aurait eus s'il avait été légitime (1). De plus il tombait dans tous les cas sous la puissance de son père; grave dérogation aux vieux principes du droit romain qui avaient établi une corrélation indispensable entre la *patria potestas* et les liens de l'agnation!

Nous avons dit que ce mode de légitimation fut introduit par Théodose. Après lui, Léon d'abord (2), puis Justinien, en étendirent le bénéfice et les avantages.

Mais il est nécessaire de remarquer que, si l'on eut recours à cet expédient pour alléger les charges des curiaux héréditaires en multipliant le nombre de ceux qui auraient à en supporter avec eux le fardeau, ce ne fut pas seulement depuis cette époque que les enfants naturels purent remplir les fonctions de décurions.

On ne fit qu'attacher à leur entrée dans la curie le bénéfice de la légitimation. En effet, un texte de Papinien nous apprend que les *spurii* eux-mêmes pouvaient être décurions (3). Cette mesure n'eut donc pas pour but de faciliter aux enfants naturels l'accès de ces dangereux honneurs qu'ils étaient déjà auparavant maîtres de briguer.

Les enfants ainsi offerts à la curie étaient attachés à leur charge par un lien indissoluble comme les autres *curiales*. Aussi ne doit-on pas s'étonner que la législation romaine ait mis au droit des parents cette restriction, que les enfants seraient toujours maîtres de refuser leur consentement (4). Cette règle du reste était applicable à toute les légitimations, parce que leur effet était de faire perdre à l'enfant sa qualité de *sui juris*.

Les filles naturelles pouvaient également être légitimées par oblation à la Curie, en ce sens que leur père en les mariant à des

(1) Code, 5, 27, 4.

(2) Code, 5, 27, 4.

(3) Dig., 50, 2, 6.

(4) Nov., LXXXIX, ch. II.

curiaux, auxquels elles apportaient une dot, leur faisait ainsi acquérir la qualité de filles légitimes (1).

14. -- *De la légitimation par rescrit du prince.* — Justinien, par la nouvelle LXXIV, permit à tous les pères qui n'auraient pas d'enfants légitimes et qui, pour une raison valable, ne pourraient pas épouser la mère de leurs enfants naturels, de solliciter du prince un rescrit de légitimation de ces enfants.

C'était effacer d'un seul trait toutes les anciennes règles. Pour pouvoir obtenir ce rescrit, il fallait, comme nous venons de le dire, qu'aucun autre mode de légitimation ne fût possible, qu'il n'existât pas d'enfants légitimes, et enfin que la volonté du père fût clairement manifestée, soit directement (2), soit dans un testament (3).

Nous devons citer également un mode de légitimation établi par Anastase, et que Justin d'abord, puis Justinien dans la Nouvelle LXXXIX (4), firent disparaître des lois. Le père au moyen de l'adrogation faisait entrer sous sa puissance ses enfants naturels, qui alors étaient considérés comme légitimes (5).

En terminant nous constaterons de nouveau que dans tout cet ensemble de mesures législatives tendant à la légitimation, on ne trouve que le désir de faire passer sous la puissance du *paterfamilias* des enfants qui par leur naissance n'y étaient pas soumis ; ou bien encore la crainte de voir en souffrance une des branches de l'administration des territoires de l'Empire.

Cette absence de recherche des intérêts de l'enfant est si évidente, que même dans certains cas où on lui donnait le rang et les avantages successoraux d'un enfant légitime, on lui refusait la meilleure de ses prérogatives, celle de faire vraiment partie de la famille, de l'agnation de ceux avec lesquels il partageait l'héritage paternel.

En résumé, au point de vue de l'acquisition de la puissance paternelle, les effets de ces divers modes de légitimation doivent être distingués.

(1) Code, 5, 27, 3.

(2) Nov., LXXIV, ch. I. — Nov., LXXXIX, ch. IX.

(3) Nov., LXXIV, ch. II. — Nov., LXXXIX, ch. X.

(4) Nov. LXXXIX, ch. XI, § 2.

(5) Code, 5, 27, 6 et 7.

Considérée ainsi, la légitimation par testament doit être écartée, puisqu'elle se produisait à une époque où les enfants étaient déjà devenus *sui juris* par la mort de leur père, dont ils devenaient seulement les héritiers.

Le mariage subséquent des père et mère faisait tomber *in patriâ potestate* tous les enfants nés ou à naître, *vel ante matrimonium, vel postea progeniti... Sive ante dotalia instrumenta editi sint, sive postea* (1).

L'oblation à la Curie faisait acquérir au père la puissance sur ses enfants, mais ceux-ci n'entraient pas dans son agnation. Ils ne devenaient même pas cognats des cognats de leur père ; en un mot, ils ne faisaient pas partie de la famille. Le lien de la *patria potestas* les unissait à lui, mais ne s'étendait pas au-delà.

La légitimation par rescrit du prince, enfin, produisait des effets analogues à celle qui résultait du mariage des père et mère naturels. L'enfant était assimilé à un enfant légitime. Une seule différence existait entre ces deux modes, c'est que le rescrit du prince légitimait celui-là seul qui en était l'objet, les autres enfants nés du même concubinat n'en recevaient aucunement le bénéfice.

Section 3^{me}. — De l'Adoption en général.

15. — *Définition et conditions de l'adrogation et de l'adoption.* — L'adoption, dans son principe du moins, c'est-à-dire en tant qu'opération faisant passer un citoyen sous la puissance d'un autre citoyen, fut connue à l'origine même de Rome. C'était un *actus legitimus* soumis comme les autres à des règles déterminées et accompagné de cérémonies solennelles.

On en trouve à chaque pas des exemples dans l'histoire romaine, *Romæ frequentius quàm usquàm terrarum* (2). La cause principale était que l'on craignait de voir s'éteindre une famille

(1) Code. 5, 27, 5 et 10.

(2) Heineccius, XI, 1.

et disparaître le culte du foyer. « *Sacra privata perpetuo manento* (1) » avait dit la loi des XII Tables.

Le citoyen dont l'union avait été stérile et qui, parvenu à un âge avancé ne pouvait plus espérer avoir des enfants, adoptait un étranger afin de perpétuer et son nom et le culte de ses ancêtres. « *Adoptabant extraneos qui in sacra et gentem transire dicebantur* (2) ».

Ce fut là l'origine véritable, le but principal des premières adoptions, tant à Rome que chez les nations antiques, où nous en avons retrouvé des traces.

Quand on étudie l'adoption romaine, on doit tout d'abord faire une distinction que Modestin exprime en ces termes : « *Adoptantur filiifamilias, Adrogantur qui sui juris sunt* (3) ».

« L'adrogation », nous dit Ortolan, « appartient au droit primitif et organique, l'adoption n'est survenue que par des moyens fictifs et détournés (4) ».

Prise dans un sens général, l'adoption a pour but d'introduire dans la famille et de placer sous la puissance paternelle d'un citoyen une personne qui n'y était pas auparavant.

Prise au contraire dans un sens étroit, elle sert à désigner l'adoption des *alieni juris*, de ceux qui ne font que passer de la puissance paternelle d'un chef de famille sous celle d'un autre chef de famille.

On l'oppose alors à l'adrogation qui est l'adoption des *sui juris* de ceux qui, maîtres de leurs droits et chefs de maison par là même, se placent volontairement sous la *patria potestas* d'un père de famille étranger.

Alors il arrivait que l'acte destiné à perpétuer la famille de l'adrogeant éteignait en fait celle de l'adrogé ; aussi n'était-ce qu'au pubère seul qu'on permettait de l'accomplir et de plus il ne devenait pleinement valable qu'à partir du jour où il avait été sanctionné par la volonté du peuple.

Cette première cause des adoptions que nous avons signalée, et qui fut la seule à l'origine, disparut à mesure que s'affaiblissait le culte du foyer.

(1) Cic. *de Leg.* 2, § 9.

(2) Cité par Heineccius, t. XI, § 1.

(3) Dig. 1, 7, 1.

(4) *Legisl. rom.*, n° 131.

Les adoptions n'en furent pas pour cela moins fréquentes, mais elles prirent leur source dans des motifs tout autres. On y eut recours, selon Dion Cassius (1), pour participer aux récompenses accordées aux pères de nombreux enfants ou pour échapper aux déchéances dont la loi avait frappé les *orbi*, ces époux dont l'union avait été stérile ou qui avaient perdu leurs enfants (2). Puis des abus plus graves encore se produisirent. On vit des hommes qui, après avoir adopté des enfants pour pouvoir obtenir les fonctions publiques que l'on réservait aux chefs des nombreuses familles, abandonnaient ensuite ces enfants. « *Percreve-
» rat eâ tempestale pravissimus mos, quum propinquis
» comitiis, aut sorte provinciarum, plerique orbi fictis adop-
» tionibus adsiscerent filios, præturas et provincias inter
» patres sortili, statim emitterent manu, quos adoptave-
» rant* (3) » De vives réclamations s'élevèrent contre cet abus et un sénatus-consulte déclara que les adoptions ainsi faites ne donneraient pas de droits spéciaux. « *Factum ex eo senatus-
» consultum, ne simulata adoptio in ullâ parte muneris pû-
» blici juvaret ac ne usurpandis quidem hæreditatibus pro-
» desset* (4). »

Enfin, et c'est une preuve de cette soif des honneurs qui dévorait les citoyens de Rome, des patriciens, sacrifiant et la noblesse de leur origine et leur indépendance, se donnèrent en adoption à des plébéiens afin de pouvoir briguer le Tribunat (5).

Quand une institution s'écarte d'une façon aussi grave de son but naturel, elle ne peut que devenir inutile sinon dangereuse. C'est ce qui se produisit pour l'adoption.

Nous examinerons maintenant quelles étaient les conditions nécessaires pour adroger ou être adrogé, adopter ou être adopté.

16. — *De l'adrogation.* — L'adrogation, en faisant passer un *sui juris* sous la *patria potestas* d'un étranger, éteignait une famille, une *gens*, qui s'absorbait dans une autre *gens*. Le culte

(1) LVI. 10.

(2) Heineccius, I, II, 2.

(3) Tacite, *Annales*, XV. 19.

(4) Tacite, *Annales*, XV. 19. — Dig., 50, 5, 2 § 2.

(5) Suet, *Tiber*, 2. — Dion Cassius, XXXVIII, 12 et XLII, 29. — Cic., *pro domo*, 13.

d'un foyer disparaissait, la famille était éteinte, un chapitre était effacé sur l'*Album* de la cité.

C'était là un fait grave que l'Etat ne laissait pas se produire sans avoir examiné s'il y avait des raisons sérieuses de le permettre.

L'adrogeant devait être citoyen romain, ne pas être castrat (1), avoir au moins 60 ans (2); plus tard on exigea seulement qu'il eût la *plena pubertas* de plus que l'adrogé (3). On voulait que dans ce contrat, qui donnait aux yeux de la loi un fils au citoyen, rien ne fût en contradiction avec les règles de la nature elle-même. « *Adoptio naturam imitatur.* »

Le citoyen seul pouvait adroger, parce que seul il pouvait paraître dans les comices; et ce ne fut qu'aux derniers siècles de Rome, alors que depuis longtemps toutes les formes solennelles avaient disparu, que l'empereur se réserva la faculté d'accorder par rescrit aux femmes le droit d'adopter « *ex indulgentiâ* » *principis ad solatium liberorum amissorum* (4) ».

Celui qui avait déjà un ou plusieurs enfants ne pouvait pas facilement adroger. Ulpien nous en donne la raison : « *ne aut* » *illorum quos justis nuptiis procreavit diminuatur spes* » *quam unusquisque liberorum obsequio parat sibi : aut qui* » *adoptatus fuit, minus percipiat quàm dignum erit eum* » *consequi* (5). »

Cependant cela pouvait parfois être concédé, mais on distinguait alors suivant que le citoyen adrogeait un *sui juris* en qualité de fils ou en qualité de petit-fils.

Il serait trop long d'entrer dans tous les détails que comporterait ce sujet, mais il nous suffira de faire remarquer que cela pouvait se faire ainsi, et que celui qui rattachait à sa personne et à sa famille un étranger non plus comme fils, mais comme petit-fils, pouvait le faire soit purement et simplement, soit en établissant un lien de filiation avec l'un de ses fils. Dans ce dernier cas, le fils auquel il donnait ainsi un héritier sien devait consentir à l'adoption. « *Cùm nepos adoptatur, quasi ex filio*

(1) Dig. 1, 7, 15, § 2.

(2) Inst. 1, 11, 9.

(3) Inst. 1, 11, 4. — Gaius 1, 106.

(4) Inst. 1, 11, 10.

(5) Dig. 1, 7, 17, § 3.

» *natus, consensus filii exigitur* (1). *Ne ei invito suus heres agnascatur* » ajoute Justinien (2). L'entrave mise à la liberté de l'un ne l'était que pour ne pas porter atteinte à l'autorité dont l'autre devait plus tard être investi.

A la mort de l'aïeul, l'enfant ainsi adopté tombait sous la puissance du fils auquel l'adoptant l'avait rattaché (3). Mais, s'il n'y avait pas eu consentement de la part du fils, l'adopté, à la mort de l'adoptant, devenait *sui juris* (4).

Les conditions pour cette adrogation étaient, par ailleurs, les mêmes que pour une adrogation ordinaire, sauf que l'adrogeant devait alors avoir deux fois la *plena pubertas* de plus que l'adrogé, c'est-à-dire 36 ans (5).

Qui pouvait être adrogé? Le citoyen romain *sui juris* pubère; telle était la règle générale. Nous verrons plus loin qu'à partir d'une certaine époque, on permit, mais à titre de concession spéciale, l'adrogation des impubères et des femmes (6).

On s'est demandé si l'on pouvait adroger et, par là même, placer sous sa puissance paternelle un affranchi. Ulpien répond indirectement à cette question en faisant cette restriction, toutefois, qu'on ne pouvait adopter que son propre affranchi. « *Nec libertum alienum* (7). »

Sous Dioclétien même, on exigea que celui qui voudrait adopter son affranchi eût une raison juste et valable pour le faire; on admettait que l'absence d'enfants était une de ces raisons (8).

Quant à l'enfant naturel, on pouvait, jusqu'à Justinien, l'adopter comme un étranger. C'était encore une légitimation. Mais Justin d'abord et après lui Justinien, prohibèrent cette adrogation comme contraire au maintien des bonnes mœurs (9).

Les formes de l'adrogation furent différentes suivant les époques. A l'origine, elle devait se faire par loi curiate : « *de capite civis*

(1) Dig. 1. 7. 6.

(2) Inst. 1. 11. 7.

(3) Dig., 1, 7, 10.

(4) Dig., 1, 7, 11.

(5) Ortolan, t. 1, n° 142.

(6) V. *it. infra*, n° 19.

(7) Dig., 1, 7, 15, § 3.

(8) Code, 8, 48, 3.

(9) Code, 5, 27, 6, 7. — Nov. 74, 3, 89, 11. § 2.

» *nisi per maximum comitiatum ne ferunto* (1). Les comices consultés et interrogés solennellement donnaient leur avis. Et quand le peuple avait consenti à autoriser cette déchéance d'un citoyen qui se mettait volontairement sous la puissance d'un autre citoyen, il fallait encore, pour que l'acte fût parfait, que le collège des pontifes eût ratifié cette décision (2).

Les interrogations adressées aux parties n'avaient pour but que de faire constater publiquement leur consentement.

Les comices par curies ne tardèrent pas à être remplacés par trente licteurs, sous la présidence d'un magistrat. Les interrogations et les réponses se faisaient devant eux et ils donnaient leur assentiment au nom du peuple (3).

Enfin sous les empereurs il vint une époque où un rescrit du prince suffit pour rendre valable l'adrogation (4), et le dernier exemple qui nous soit parvenu d'une loi curiate intervenant pour la valider est celui de Galba adoptant Pison : « *Si te privatus, lege curiatâ, apud pontifices, ut moris est, adopta-rem.....* » (5).

17. — *De l'adoption proprement dite.* — Les formes de l'adoption étaient moins compliquées et surtout moins solennelles que celles de l'adrogation. Les effets en étaient moins graves aussi, car il ne s'agissait plus ici d'éteindre une famille en faisant disparaître son chef.

Les conditions d'âge étaient les mêmes pour l'adoption que pour l'adrogation (6), mais en ce qui concernait la capacité, il fallait considérer non plus la personne de l'adopté, mais celle du *paterfamiliâs* en la puissance duquel il se trouvait. Celui-ci qui ne pouvait pas adroger ou adopter un petit-fils sans le consentement de son *filiusfamiliâs*, pouvait, sans ce consentement, donner en adoption son propre petit-fils (7).

La différence la plus considérable qui séparait les deux modes

(1) Aulu Gelle, V. 19. — Cic. *De legibus*, III.

(2) Cic. *Pro domo*, 13.

(3) Cic. *Agrar.*, II, § 11 et 12.

(4) Inst., 1, 11, 1.

(5) Tacite. *Hist.*, I, 15.

(6) Dig., 1, 7, 40, § 1.

(7) Inst., 1, 11, 7.

d'adoption, résidait dans les formes à observer pour les accomplir. Dans la première il fallait l'intervention du pouvoir législatif, d'une manière réelle ou fictive. Dans la seconde le magistrat seul constatait le consentement des parties et l'accomplissement des formalités exigées. Ces formalités n'étaient plus alors que de simples actes de procédure.

On peut les séparer en deux parties bien distinctes.

Le *paterfamiliās* de l'adopté commençait par faire sortir celui-ci de sa puissance au moyen des trois mancipations exigées par la loi des XII tables.

Ensuite par la *cessio in jure* il transférait ses droits de puissance paternelle à l'adoptant. Celui-ci réclamait l'adopté comme son fils ; le père naturel ne s'opposait pas à cette prétention, et alors le magistrat déclarait que l'enfant était le fils de l'adoptant. Sans cette cession juridique l'adopté n'eût pas été rattaché à son père adoptif par les liens de la *patria potestas*, mais par ceux du *mancipium*.

Ces formes disparurent sous Justinien qui remplaça les mancipations et la *cessio in jure* par la seule intervention du magistrat devant lequel on dressait un acte constatant le consentement de l'adopté, du *paterfamiliās* et de l'adoptant. Mais en ce qui concernait l'adopté, il suffisait qu'il ne s'opposât pas formellement : « *eo qui adoptatur non contradicente* (1). » D'où il résultait qu'on pouvait adopter même un enfant qui ne parlait pas encore, « *etiam infantem* (2). »

Enfin nous citerons en dernier lieu l'adoption que pouvait faire un citoyen dans son testament (3). Mais nous n'avons pas à nous en occuper particulièrement puisqu'elle ne produisait pas la puissance paternelle, l'adoptant étant mort quand elle produisait ses effets. Aussi Gaius et Ulpien qui n'étudiaient l'adoption que comme un moyen de faire naître la *patria potestas*, ne parlent-ils pas de ce dernier mode.

18. — *Des effets de l'adrogation et de l'adoption.* — Les effets de ces deux modes d'adoption n'étaient pas les mêmes, cela

(1) Code, 8, 48, 11.

(2) Dig., 1, 7, 42.

(3) Octave fut adopté ainsi par son grand-oncle Jules César dont il prit le nom. — Suet. *Jul.* 83.

venait de ce que chacun s'appliquait à des catégories de personnes bien distinctes.

L'adrogation, avons-nous dit, éteignait une famille. Ce n'était pas la personnalité toute seule de l'adrogé qui s'absorbait dans la personne de l'adrogeant, c'était bien réellement sa *domus* entière. L'adrogé perdait sa liberté en tombant sous la puissance paternelle d'un étranger, mais il aliénait en même temps la liberté à venir de ceux qui étaient sous sa propre puissance. L'un et les autres entraient dans la famille de l'adrogeant, l'un comme fils, les autres comme petits-fils (1). La puissance paternelle de l'adrogeant s'exerçait sur tous sans distinction, et réglait les rapports des nouveaux venus avec les membres de la famille naturelle. Car il ne faut pas oublier que ces rapports étaient doubles. Les liens de la cognation pouvaient unir entre elles deux personnes qui n'étaient pas agnates. Ici le lien d'agnation était produit par l'adoption. Tous ceux donc qui étaient placés sous la *patria potestas* du chef de famille devenaient les agnats de l'adopté, et étaient par là même ses cognats. Mais l'adopté n'était pas cognat de ceux que le seul lien de la cognation unissait à son nouveau *paterfamiliâs* (2).

Dans l'adoption proprement dite, l'adopté passait seul sous la puissance de l'adoptant. Sa famille naturelle, qu'il ne personnifiait pas, puisqu'il était lui-même déjà en puissance, n'était pas modifiée dans sa constitution par son passage dans une autre famille. Elle perdait un de ses membres, voilà tout. Et encore devons-nous faire remarquer qu'à l'époque de Justinien, ce membre continuait, après l'adoption, à occuper la place que sa naissance lui avait assignée.

Du reste, l'un et l'autre de ces deux modes d'adoption donnaient au nouveau *paterfamiliâs* tous les droits attachés à la puissance paternelle, qui était alors aussi étendue que dans le cas de paternité naturelle. Le père adoptif pouvait abdiquer ses droits sur l'enfant en l'émancipant ou même en le donnant à un autre en adoption, et nous avons vu qu'on abusa parfois de ce pouvoir auquel on dut poser des limites.

Plus tard, le droit tout entier fut modifié en ce qui concernait

(1) Ce fut ainsi qu'Auguste voulant s'attacher Germanicus en qualité de petit-fils, le fit adopter par Tibère, après quoi il adopta lui-même celui-ci.

— Inst. 1, 11, 11.

(2) Dig., 1, 7, 23.

les adoptions, et dans celles des derniers siècles, on ne retrouve plus aucune trace des formes et des conditions auxquelles on les avait soumises à l'origine.

19. — *Innovations d'Antonin et de Justinien.* — Jusqu'à l'époque d'Antonin, on ne pouvait adopter que le citoyen romain *sui juris* pubère. A l'origine, cette règle avait été établie parce que l'adrogation se faisant par loi curiate, ceux-là seulement pouvaient en accomplir les formalités, qui avaient le droit de paraître dans les comices et d'y prendre la parole. Et l'on avait conservé cette disposition, bien que depuis longtemps les comices eussent cessé de se réunir. C'est que cet acte était d'une incontestable gravité et l'on ne voulait pas qu'il fût accompli à la légère et par des personnes incapables d'en mesurer toutes les conséquences.

Ce fut Antonin qui effaça ces prohibitions en permettant d'adroger même les enfants qui n'auraient pas atteint l'âge de la puberté. On exigeait alors la sanction du magistrat, du préteur à Rome, du proconsul ou de son lieutenant dans les provinces, si l'adrogation se faisait encore devant le peuple, *apud populum* (1). Ou bien un rescrit du prince devait, *causâ cognitâ*, c'est-à-dire après examen, accorder l'autorisation qui suffisait pour rendre valable l'adrogation. C'était encore ici le pouvoir législatif qui intervenait sous une autre forme.

Mais ces formalités ne suffisaient pas. Celui qui voulait adroger un impubère devait prouver : 1° qu'il avait un motif légitime et valable pour le faire, « *justa causa adrogandi* (2) ; » 2° que ce motif était honnête et avantageux pour l'enfant (3) ; 3° il devait enfin prendre des engagements de nature à empêcher que le mineur et ses héritiers pussent être lésés. Si donc l'impubère mourait avant l'âge de la puberté, ses biens, qui avaient passé entre les mains de l'adrogeant, devaient être restitués à ses héritiers. Si avant sa puberté il était émancipé ou déshérité avec juste cause, il reprenait ses biens. Si l'émancipation ou l'exhérédation était faite sans juste cause, l'adrogeant devait à ces biens ajouter le quart de ses biens propres (*Quarta antonina*). Et enfin, lorsque le pupille atteignait l'âge de la puberté, il avait le

(1) Gaius, I-1, § 102. 1, § 99.

(2) Dig. 1. 7. 15. § 2.

(3) Inst. 1. 11. 3.

droit ou de demander son émancipation, en prouvant que l'adrogation lui était défavorable, ou de demeurer *in patria potestate* (1).

Les effets de l'adrogation ne se rattachent que de loin à notre sujet, aussi ne les citons-nous que sommairement et pour montrer que la législation à cette époque avait changé de caractère et était devenue beaucoup plus soucieuse des intérêts de l'incapable, intérêts qui étaient oubliés autrefois dans l'adrogation. L'émancipation laissait bien souvent l'adrogé, privé à la fois et des droits qu'il avait acquis sur les biens de l'adrogeant, et de la fortune que lui avaient léguée ses parents naturels.

On enlevait de plus à l'adrogation son caractère d'irrévocabilité, parce que l'impubère n'était pas capable de comprendre à quoi il s'engageait lors de son accomplissement.

Justinien devait modifier d'une manière plus radicale encore l'adrogation et l'adoption.

D'abord à son époque on pouvait adroger même les femmes, qui passaient ainsi *in patriâ potestate* au lieu d'être en tutelle. « *Femine ex rescripto principis adrogari possunt* » (2).

Il permit aussi d'adopter même son propre esclave, auquel cet acte conférait la liberté sans lui donner les droits d'un fils (3). Cet esclave n'était donc pas en puissance paternelle.

Mais les innovations les plus graves que Justinien apporta à cette branche du droit touchaient à l'essence même de l'adoption primitive. A l'origine, elle ne semblait destinée qu'à produire des droits de puissance paternelle, Justinien déclara qu'elle ne ferait naître la *patria potestas* au profit de l'adoptant qu'autant que celui-ci serait un ascendant (4). Lorsque c'était un étranger, *extranea persona*, l'adoption ne faisait naître que des droits de succession *ab intestat* au profit de l'adopté qui demeurerait dans sa famille naturelle soumis à la puissance de son *paterfamiliâs*.

Dans notre Droit on ne comprend guère comment un aïeul, et surtout un père, pourrait avoir besoin d'adopter son petit-fils ou son fils. En droit romain cela pouvait se présenter.

Qu'on prenne, par exemple, un aïeul qui a émancipé son fils en gardant ses petits-fils sous sa puissance. Le fils, par le fait de

(1) Inst. 1. 11. 3.

(2) Dig. 1. 7. 21.

(3) Inst. 1. 11. 12.

(4) Inst. 1. 11. 2.

l'émancipation, a perdu ses droits éventuels de puissance paternelle sur ses propres enfants, et il ne pourra recouvrer ces droits qu'en les adoptant.

Supposons maintenant que ce fils se soit marié après son émancipation. Si l'aïeul veut avoir sous sa propre puissance les enfants qui naîtront de ce mariage, il sera forcé de les adopter.

Nous pourrions citer encore d'autres exemples, mais il nous suffisait de montrer que la disposition de Justinien pouvait trouver fréquemment son application.

Nous avons vu que les femmes ne pouvaient pas adopter parce qu'elles ne pouvaient pas paraître dans les comices, et parce qu'ensuite elles ne possédaient jamais la puissance paternelle (1).

Mais lorsque l'adoption ne produisit plus nécessairement la *patria potestas* et que les formes solennelles ne furent plus observées, on permit l'adoption aux femmes.

L'adopté occupait alors, dans la maison de sa mère adoptive, la même place qu'un enfant légitime : « *et eum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitime filii habere permittimus* » (2).

L'adoption à l'époque de Justinien se rapprochait beaucoup plus de celle que notre Droit actuel a organisée que de celle des premiers âges de la République. Lorsqu'elle ne créa plus qu'un droit de succession *ab intestat*, en faveur de l'adopté, elle exposa l'adoptant à de graves déceptions. Car l'enfant n'étant plus rattaché à lui par d'autres liens que ceux dont l'espoir d'une part de succession était le principe et l'origine, ne lui donna, le plus souvent, ni assistance, ni affection.

Nous avons passé en revue les divers événements qui plaçaient un citoyen sous la puissance paternelle d'un autre citoyen, et nous avons vu que cette puissance, une fois acquise, demeurerait dans le patrimoine du *paterfamiliâs* jusqu'à sa mort, à moins qu'il n'en abdiquât lui-même la possession. Nous examinerons maintenant quels effets produisait cette puissance et quels étaient les droits et les devoirs que le législateur y avait attachés.

(1) Inst., 1, 11, 10.

(2) Code, 8, 48, 5.

CHAPITRE III

DES DROITS DU PÈRE DE FAMILLE SUR LA PERSONNE DES FILIIFAMILIAS.

Si nous nous plaçons aux premiers siècles de Rome, les caractères de la puissance paternelle seront faciles à définir ; elle était absolue, illimitée, sans restriction aucune et comprenait tous les droits, même les plus étendus et les plus excessifs.

La société romaine, à son origine, n'était pas assez fortement constituée pour pouvoir donner en toutes circonstances une protection efficace à chacun de ses membres, et elle dut accorder aux chefs de maison une grande indépendance et une large part d'initiative, en leur abandonnant tous les droits qu'elle se reconnaissait impuissante à exercer elle-même.

C'est ce qui se produit forcément dans les sociétés primitives où la famille, qui en est le premier élément, garde longtemps son autonomie et sa vie propre jusqu'au jour où l'autorité de son chef étant devenue trop faible, l'Etat s'en empare et ne laisse au père qu'un semblant de puissance sur le petit groupe que forment l'épouse et les enfants.

Ce sera par exception et grâce à son organisation spéciale que Rome laissera subsister intacte l'autorité du père, presque jusqu'aux derniers siècles de son histoire.

Quels droits étaient attachés à la *patria potestas* romaine ?

Les principaux étaient :

- 1° Le droit de garde ;
- 2° Le droit de correction qui comprenait même le droit de vie et de mort ;

3° Le droit de vendre l'enfant et de l'abandonner en réparation du dommage qu'il avait pu causer ;

4° Le droit de consentir et de s'opposer au mariage ou à l'adoption des enfants ;

5° Enfin le droit de les exhérer, droit que nous considérerons ici seulement comme sanction de l'autorité paternelle.

Nous étudierons premièrement le droit de garde sans lequel la plupart des autres fussent restés le plus souvent entre les mains du père à l'état de lettre-morte.

Section 1^{re}. — Droit de garde.

20. — *Actions diverses données au paterfamiliâs comme garantie de son droit de garde.* — Etant donnés les principes sur lesquels reposait la puissance paternelle à Rome, il ne saurait être douteux que le père n'eût le droit absolu de garder son enfant près de lui ou de désigner le lieu de sa résidence ; et cela non pas comme dans notre droit jusqu'à une époque déterminée, mais pendant tout le temps que l'enfant demeurerait sous sa puissance, c'est-à-dire quelquefois pendant sa vie tout entière.

Or, si le père possédait incontestablement ce droit, il fallait que les lois missent à sa disposition le moyen de faire ramener l'enfant soit dans sa maison, soit dans le lieu qui lui avait été assigné. Peu importait du reste que l'enfant eût quitté lui-même cette résidence ou que quelqu'un l'en eût fait sortir. La différence ne portait que sur les personnes contre lesquelles devaient être intentées les actions.

La loi donnait au père le droit d'user de quatre modes différents pour arriver à ce résultat. Il pouvait agir :

1° Par la *revendication* ;

2° Par l'*action préjudicielle* ;

3° Par les *interdits* ;

4° Par la *cognitio extraordinaria* ;

« *Per hanc actionem (rei vindicatio) liberæ personæ quæ*

» *sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non*
» *petuntur : petuntur igitur aut præjudiciis aut interdictis*
» *aut cognitione extraordinariâ* (1). »

I. DE LA REVENDICATION. — Cette partie du texte d'Ulpien que nous venons de citer semble dire que le père ne pourra pas revendiquer son fils, mais il n'en est rien. La revendication est admise, mais avec une modification dans la formule : « *Et ilâ Pomponius,* » (lib. 37), *nisi forte, inquit, adjectâ causâ quis vindicet :* » *Si quis ilâ petit filium suum (vel) in potestate, ex jure* » *romano, videtur mihi et Pomponius consentire rectè eum* » *egisse : ait enim, adjectâ causâ ex lege Quiritum vindicare* » *posse* (2). » Le père devait donc indiquer qu'il revendiquait l'enfant, comme son fils.

Cette action ne pouvait être intentée que contre celui qui avait la chose revendiquée en sa possession ou en était même simple détenteur (3). Si donc celui qui avait détourné un enfant, avait cessé au moment de la revendication de le retenir près de lui, l'action ne s'exerçait pas contre lui, mais contre le détenteur actuel. A moins toutefois qu'il n'y eût dol de la part du premier (4).

Les formes de la revendication varièrent suivant les époques comme toutes les actions primitives, du reste. Mais elle ne put jamais être intentée que par le véritable propriétaire. On affirmait ainsi une fois de plus le droit absolu et sans limites du père sur ses enfants, que l'on considérait comme sa propriété, comme sa chose.

II. DE L'ACTION PRÉJUDICIELLE. — « C'est, nous dit Gaius, celle dont la formule ne contient que l'*intentio* » (5), c'est-à-dire cette partie de la formule dans laquelle est exposée la prétention du demandeur. Le juge se prononce sur le bien ou le mal fondé de cette prétention ; il constate un fait et ce n'est que postérieurement qu'on pourra tirer des conséquences de cette constatation.

Dans le cas présent, ces actions, qui étaient prétoriennes,

(1) Dig. 6, 1, 1, § 2.

(2) Dig. 6, 1, 1, § 2.

(3) Dig. 6, 1, 9.

(4) Dig., 6, 1 27, § 3.

(5) Gaius, 4, 44.

étaient données au père, pour faire constater que son fils était en sa puissance ; ou au fils, pour faire constater qu'il était *sui juris* (1). Lorsque ce point avait été jugé, alors le père s'appuyait sur la constatation ainsi faite en justice pour user des droits que lui conférait son titre de *paterfamiliâs*, titre dont la possession ne pouvait plus, dès lors, être discutée.

III. DES INTERDITS. — C'est un ordre ou une défense émanant du prêteur. On en accordait deux au père pour faire rentrer en sa possession son enfant qui avait quitté la maison paternelle. C'était : 1^o l'interdit de *liberis exhibendis* ; 2^o l'interdit de *liberis ducendis*.

1^o *De liberis exhibendis*. Il est ainsi conçu : « *Qui quæve in potestate Lucii Titii est, dolove malo factum est quominus apud te esset : ita eum eamve exhibeas* » (2).

Nous voyons que cet interdit était donné même lorsqu'il n'y avait pas dol de la part de celui qui détenait l'enfant.

Quel était le résultat obtenu ? Ulpien va encore nous l'apprendre : « *Exhibere est in publicum producere, et videndi tantum gendique hominis facultatem præbere : proprii autem exhibere est extra secretum habere* » (3).

Deux cas particuliers peuvent se présenter : l'enfant qui a quitté la demeure de son père a pu se retirer chez sa mère, en cas de divorce de celle-ci par exemple. Si le père obtient contre elle l'interdit, Ulpien nous dit qu'elle recevra une exception pour le repousser, mais seulement lorsqu'elle aura une juste raison de soustraire l'enfant à la garde de son père, *justissima causa*. Ainsi le décidèrent successivement Adrien, Marc-Aurèle et Alexandre Sévère (4). Antonin déclara qu'une de ces justes causes pourrait être l'indignité du père, *ob nequitiam patris* ; mais il eut bien soin d'ajouter que si la mère pouvait obtenir dans ce cas l'autorisation de garder l'enfant près d'elle, la puissance du père n'en demeurerait pas moins entière, *sine deminutione patriæ potestatis* (5).

(1) Inst., 4, 6, 13.

(2) Dig., 43, 30, 1, pr.

(3) Dig., 43, 29, 3, § 8.

(4) Dig. 43, 30, 1, § 3.

(5) Dig., 43, 30, 3, § 5.

Le second cas, cité également par Ulpien, est celui où un père qui a gardé sa fille sous sa puissance, malgré le mariage de celle-ci, demande l'interdit contre le mari pour se la faire remettre. Ulpien se demande s'il faudra donner une exception au mari pour lui permettre de repousser la demande du père et empêcher ce dernier de dissoudre ainsi un mariage bien assorti. Il ne répond pas affirmativement quant à l'exception à donner au mari, mais il dit qu'il n'est pas douteux que le magistrat ne doive employer toute son influence pour obtenir que le père n'use pas de sa puissance dans toute sa rigueur : *ne acerbè patriam potestatem exerceat* (1). On peut citer encore cette décision comme une preuve du respect dont on entourait le pouvoir du père de famille à Rome.

2^o *De liberis ducendis*. — Le préteur accordait en second lieu au père un interdit qui avait pour objet de lui donner le droit d'emmener son fils qu'il s'était fait représenter, *exhibere*, en vertu de l'interdit précédent : *Si Lucius Titius in potestate » Lucii Titii est : quominus eum Lucio Titio ducere liceat, » vim fieri veto* (2). »

Tels étaient et la formule et le but de cet interdit que l'on appelait *de liberis ducendis*.

IV. COGNITIO EXTRAORDINARIA. — Enfin le père avait encore le moyen de faire rentrer son fils sous sa garde au moyen d'une sentence du préteur jugeant *extra ordinem*.

Il arrivait parfois (et même depuis Dioclétien cela se produisait toujours), que le magistrat chargé de donner la formule et de renvoyer les parties devant le juge, retenait l'affaire et la jugeait directement. C'était ce jugement que l'on appelait *cognitio extraordinaria*. Il n'y avait pas ici par conséquent de formes spéciales.

Tels étaient les moyens juridiques mis aux mains du père pour sanctionner son droit de garde. Mais il n'était obligé d'y avoir recours que dans le cas où l'enfant fugitif était en la possession d'une personne étrangère, car dans les autres circonstances, il puisait dans sa seule puissance l'autorité nécessaire pour ramener le rebelle dans sa demeure.

(1) Dig., 43, 30, 1, § 5.

(2) Dig., 43, 30, 3, *pr.*

Section 2^{me}. — Droit de vie et de mort.

21. — *Du pouvoir judiciaire du père de famille considéré comme origine du jus vitæ necisque.* — Le second et le plus redoutable des droits du père était le droit de correction qui comprenait non-seulement le droit de châtier l'enfant, *flagris cœdere*, ou de l'employer aux plus durs travaux, *vinctum ad rusticum opus detinere*, mais aussi celui de le mettre à mort, *occidere* (1).

Pour juger de la légitimité de ce droit, nous devons nous placer à un point de vue spécial. Il découlait à l'origine du pouvoir judiciaire du père de famille, pouvoir que l'état en se constituant lui-même lui avait laissé plutôt qu'il ne le lui avait délégué. « De » toute la famille, » dit M. Fustel de Coulanges, « il n'y avait » que le père qui pût paraître devant le tribunal de la cité, la » justice publique n'existait que pour lui. Si la justice pour les » fils et la femme n'était pas dans la cité, c'est qu'elle était dans la » maison. Leur juge était dans la famille siégeant comme sur un » tribunal, en vertu de son autorité maritale ou paternelle, au » nom de la famille et sous les yeux des divinités domestiques (2). »

« Entre un père et son fils, entre un mari et sa femme, on ne » tolérait l'entremise d'aucun pouvoir étranger (3). »

Cette théorie étend peut-être un peu loin les limites du droit de juridiction paternelle. Car très certainement les magistrats pouvaient, dans des cas spéciaux, avoir à juger même des fils de famille. Tite-Live nous en donne un exemple quand il nous montre Horace condamné par les duumvirs après le meurtre de sa sœur (4). Son père n'intervient que pour demander au peuple de casser cette sentence. Sans doute il invoque son droit de puissance paternelle; il dit que sa fille a été tuée justement, il parle en juge : « *Se filiam jure cœsam judicare, ni ita esset, patrio*

(1) Denys d'Halic. II, 26, 27.

(2) Fustel de Coul. *Cité antique*.

(3) Gide. *De la condition des femmes*, p. 104:

(4) Lib. I, c. 23.

» *jure, in filium animadversurum fuisse.* » Mais ce n'est pas en vertu de ce droit qu'il demande la grâce de son fils, c'est en implorant la pitié du peuple.

On retrouve toutefois bien des exemples de pères jugeant leurs enfants pour des crimes, même publics.

Brutus fait battre de verges et décapiter ses fils qui avaient conspiré contre la République naissante, en essayant de ramener les Tarquins.

Fulvius, coupable de complicité avec Catilina, est condamné à mort par son père (1).

Atilius Philiscus tue sa fille impudique (2). Spurius Cassius fait des largesses au peuple et institue les lois agraires. Son père le fait comparaître devant son tribunal, dès qu'il a déposé les faisceaux, et après l'avoir jugé, il le condamne à mort (3).

Ce pouvoir judiciaire était, incontestablement, un apanage du père de famille, que les auteurs appellent tantôt *index domesticus*, *magistratus domesticus*, *ensor filii* (4). Mais il ne s'exerçait pas toujours de la même manière.

. Tantôt le père jugeait seul : « *Ne concilio quidem necessariorum indigere se credidit* » dit Valère Maxime, parlant de Manlius Torquatus, qui fait seul une enquête, cherche des preuves, interroge des témoins et condamne son fils à l'exil (5).

Tantôt il s'entourait de parents et d'amis qui remplissaient plutôt alors le rôle de conseillers que celui de juges. « *Adhibito propinquorum et amicorum consilio* » (6).

Nous trouvons dans Sénèque un autre exemple d'un père appelant auprès de lui pour juger son fils des conseillers choisis même en dehors de sa famille : « *Cogniturus de filio Titus Arrius advocavit in consilium C. Augustum; venit in privatos penates, assedit, pars alieni consilii fuit* (7). »

On rencontre à chaque pas dans les auteurs des traces de ce conseil de famille qui assistait le père non seulement dans ses

(1) Salluste, *Catil.*, II. 39.

(2) Val. Max. VI. 1. 5.

(3) Val. Max. VIII. 2.

(4) Val. Max. VIII, 3.

(5) Senec. *Controv.* II, 3. — Senec. *de benef.* III. 11. — Suet. *Claud.* 16.

(6) Val. Max. VIII, 2.

(7) Senec., *de clem.*, I, 15.

jugements, mais aussi dans les circonstances solennelles de la vie de famille. Il présidait aux fiançailles de la jeune fille, à la prise de toge du fils. La réunion de tous ceux qui portaient intérêt à la *domus* tout entière, donnait plus d'éclat et de grandeur à ces cérémonies.

Valère Maxime appelle ceux qui en faisaient partie, tantôt *cognati* (1), tantôt *amici* (2), tantôt *necessarii* (3). Suétone (4) et Tacite (5) les désignent sous le nom de *propinqui*. Enfin, Tryphoninus au Digeste les appelle *adfinés et amici* (6).

Mais la présence de ce conseil n'était pas un obstacle à l'accomplissement absolu des volontés du père. Le blâme du censeur était la seule peine dont fût frappé celui qui avait négligé de le réunir (7). On le conçoit facilement, il était impossible de laisser à un conseil privé le droit de réformer les sentences du père, puisque ce pouvoir avait été refusé même à l'autorité publique. En effet, lorsque la loi *Valeria* (III^e siècle de Rome) défendit au magistrat de priver un citoyen de la vie, de la liberté, des droits de cité, sans en référer auparavant aux comices, on eut bien soin de dire que cette règle ne s'appliquerait pas aux jugements rendus par le père. Cette première manifestation de l'appel, *provocatio ad populum*, s'arrêta au seuil de la demeure du citoyen (8).

Ce droit que possédait le père de juger ses enfants, porte dans le droit romain le nom de *jus vitæ ac necis*; et l'on rend au pouvoir que possédait le père de mettre à mort son fils, son véritable caractère, en le faisant découler du pouvoir judiciaire qu'il exerçait alors, comme l'Etat devait l'exercer plus tard à sa place.

Il n'entre pas dans notre pensée d'approuver ce droit excessif du père, droit qui n'était que la conséquence extrême d'une puissance sans limites. Moins que tout autre, le père doit être appelé à prononcer des sentences aussi graves contre son fils, parce que sa tendresse peut faire douter de son impartialité. Mais il ne faut

(1) VI, 3, 7.

(2) II, 9, 2.

(3) V, 1, 3. — VI, I, 1.

(4) *Tib.* 3, 5.

(5) *Ann.* II, 50.

(6) Dig. 27, 2, 6.

(7) Val. Max. II, 9, 2. — Cic. *de rep.* IV, 6.

(8) Ortolan, *Hist. législ. rom.*, n^o 96.

pas séparer ce droit lui-même, de la puissance paternelle en général, telle qu'elle existait alors, et pour l'apprécier à un juste point de vue, il faut se pénétrer de ce qu'était l'organisation de la famille romaine. L'Etat, en se désintéressant de ce que nous pourrions appeler la police intérieure de la maison du citoyen, devait forcément laisser à quelqu'un le pouvoir de réprimer les délits dont il ne voulait pas s'occuper. Ce pouvoir revenait de droit au chef de la famille, au père.

22. — *De la susceptio liberorum et de l'exposition des enfants par le pater familiâs.* — Comment s'exerçait le droit de vie et de mort? De deux manières différentes; soit en ne laissant pas vivre l'enfant au moment de sa naissance, soit plus tard en le faisant mourir.

Il y a entre ces deux modes d'exercice du même droit, modes qui, en fait, aboutissent au même résultat pratique, une différence radicale. Si le second, bien que très contestable, revêt le caractère d'une condamnation prononcée après un jugement, le premier n'est que l'odieuse manifestation d'une puissance barbare.

Quand un enfant naissait à Rome, le fait seul de sa naissance ne suffisait pas comme dans les législations actuelles pour en faire un membre de la famille, de la *domus*. On ne connaissait pas, à Rome, l'obligation de faire constater les naissances et, du reste, l'Etat n'avait rien à voir, à l'origine, à la façon d'agir du père.

On apportait donc au chef de la famille le nouveau-né. S'il l'élevait dans ses bras, *suscipiebat*, l'enfant devenait membre de la famille; s'il détournait ses regards, la condamnation était irrévocable, l'enfant était mis à mort ou exposé. Nous retrouverons ce même usage, revêtant la même forme, chez les Germains.

Le père semblait, dans cette circonstance, ne consulter que son bon plaisir; et il arrivait, en fait, que des pères vouaient ainsi leurs enfants à la mort, uniquement pour se dispenser de les nourrir.

Il y avait cependant un cas dans lequel la loi donnait une apparence de légitimité à ce droit que possédait le père de retrancher à sa naissance l'enfant de la famille, ou plutôt de l'empêcher d'y entrer; c'était celui où l'enfant était monstrueux ou difforme.

Cicéron parlant de la puissance tribunitienne la compare à un

enfant mal constitué qui, dit-il, était voué à la mort par la loi des XII Tables : « *tanquàm ex duodecim tabulis insignis ad deformitatem puer* » (1), et Sénèque disait : « Nous noyons nos enfants débiles ou difformes, comme nous retranchons un scélérat de la société. »

Comment avait-on été amené à autoriser la mise à mort des enfants difformes ? La tradition ne nous l'apprend pas. On voulait probablement écarter de la Cité tous les membres qui ne pouvaient pas y jouer un rôle utile.

Ce qui semble confirmer cette interprétation, c'est qu'à l'origine le père ne pouvait pas se constituer seul juge de l'état de difformité de l'enfant. Il devait le montrer à un conseil composé de cinq citoyens, choisis parmi les plus voisins de sa demeure : « *Primum imposuit (Romulus) necessitatem educandi quidquid esset masculum et ex filiabus primogenitas, nullam autem prolem necari permisit minorem triennio nisi quid mutilum aut monstrosum genitum esset. Tales enim fetus exponi à parentibus non vetuit sed ostensos prius quinque viris e vicino proximis si illi quoque exponendos censuissent* » (2).

Ce texte, en nous apprenant que le père devait consulter des parents ou des voisins, semble en contradiction avec ce que nous venons de dire du droit absolu qu'il possédait d'admettre ou de ne pas admettre l'enfant dans la famille. La contradiction est encore plus complète si l'on prend les premiers mots du texte, où il est fait mention de l'obligation pour les pères d'élever jusqu'à l'âge de trois ans tous les enfants mâles et les premières-nées des filles. Mais cette contradiction n'est qu'apparente, et elle s'efface quand on considère que la loi citée par Denys d'Halicarnasse remontait aux premiers jours de Rome, à une époque, par conséquent, où l'on craignait toujours que l'Etat naissant, entouré de voisins hostiles, ne manquât de soldats pour le défendre. Il fallait à tout prix développer un accroissement rapide de population ; et il est si vrai que telle était la préoccupation du législateur que nous voyons se renouveler les mêmes prescriptions, lors de la décadence de l'Empire, alors que la dépopulation faisait d'effrayants

(1) *De legibus*, lib. III.

(2) Denys d'Halic. *Ant. rom.*, VIII, 79.

progrès. « *Unusquisque sobolem suam nutriat* », dit une constitution des empereurs Valentinien, Valens et Gratien, « *quod si* » *exponendam putaverit animadversioni quæ constituta est* » *subjacebit* » (1).

Dans l'intervalle de ces deux époques la loi de Romulus était tombée en désuétude et l'exposition était devenue d'une fréquence inouïe, à tel point qu'elle prit les proportions d'un mal social contre lequel les efforts des empereurs demeurèrent longtemps impuissants.

23. — *Sort et condition des enfants exposés.* — Que devenaient les enfants ainsi exposés ? Le plus souvent ils périssaient misérablement. Mais il pouvait arriver et il arrivait en fait fréquemment que des personnes les recueillaient soit simplement afin de les arracher à la mort, soit pour les élever afin d'en tirer profit plus tard. Ce profit résultait le plus souvent du honteux trafic auquel se livraient les pourvoyeurs des lupanars.

Quelle était au point de vue de la capacité la situation des enfants qui avaient été recueillis ? Étaient-ils libres ou esclaves ? A l'origine ils demeuraient sous la puissance de leur père, car nous savons que cette puissance ne s'éteignait que si elle avait été formellement détruite par un mode légal. « *Non nudo con-* » *sentu patriâ liberi postestate sed actu solemni, libe-* » *rantur* » (2).

L'enfant était donc soumis à son père même après avoir été exposé par ce père dénaturé, et il devait obtenir son consentement pour pouvoir contracter un mariage valable. « *Patrem,* » *qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumptibus et labore* » *tuo factam, matrimonio jungi filio tuo desiderantis favere* » *voto convenit* (3). »

C'était un abus criant ; car ce père qui s'était soustrait à toutes les obligations que lui imposent et la nature et la loi, pouvait revendiquer son fils, lorsqu'il avait cessé d'être une charge, et il dépouillait ainsi ceux qui l'avaient recueilli des secours qu'ils étaient en droit d'en attendre.

(1) Code, 8, 52, 2.

(2) Code, 8, 49, 3.

(3) Code, 5, 4, 16.

On essaya de réagir contre cette prétention inadmissible du père et l'on porta contre celui qui avait exposé ses enfants, des peines analogues à celles dont on frappait ceux qui l'avaient mis à mort.

Mais, et l'analogie établie entre les deux cas suffit à le prouver, ce fut seulement à l'époque où l'on punissait le crime du père qui avait tué son fils, en commettant ainsi un assassinat et non plus en exerçant son droit et son devoir de justicier : « *Ne-
» care videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is
» qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis,
» misericordiæ causâ exponit, quam ipse non habet* (1). »

Par cela seul qu'on déclarait meurtrier le père qui exposait son enfant, on empêchait de se produire les revendications dont nous parlions tout à l'heure, puisqu'il aurait fallu, pour intenter son action, se reconnaître tout d'abord coupable du crime d'exposition.

Mais une crainte de ce genre ne suffit pas pour faire disparaître un abus entré dans les mœurs, et on fut obligé d'en venir à défendre cette revendication elle-même d'une manière formelle : « *Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum re-
» linquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem
» voluntas misericordiæ amica collegerit : nec enim suum
» quis dicere poterit, quem pereuntem consumpsit* » (2).

Cette constitution, dont nous avons déjà cité le commencement, fut faite par les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, vers la fin du iv^e siècle après Jésus-Christ.

Avant cette époque, il avait déjà été décidé que le père qui aurait exposé son enfant perdrait sur lui tous ses droits de puissance et ne pourrait le réclamer. « Un enfant a-t-il été exposé » et recueilli par un tiers, celui-là en est propriétaire qui, dans » un acte signé par des témoins ou par l'évêque, aura déclaré » qu'il veut l'élever, soit comme son esclave, soit comme son » fils » (3).

Le Christianisme ne cessait de lutter contre cet usage barbare. « Il est impossible, » disait Lactance, « d'accorder que les pères

(1) Dig., 25, 3, 4.

(2) Code, 8, 52, 2.

(3) Code Théod., de *expositis*, L. 1.

» aient le droit de faire mourir leurs enfants nouveau-nés; car
» c'est là une très grande impiété. Dieu fait naître les âmes pour
» la vie et non pour la mort. Comment se fait-il donc qu'il y ait
» des hommes qui souillent leurs mains en enlevant à des êtres
» à peine formés la vie qui vient de Dieu et qu'ils ne leur ont
» pas donnée? Epargneront-ils le sang étranger ceux qui n'épar-
» gnent pas leur propre sang? Que dirai-je aussi de ceux qu'une
» fausse affection porte à exposer leurs enfants? Peut-on consi-
» dérer comme innocents ceux qui offrent en proie aux chiens
» leurs propres entrailles et les tuent plus cruellement encore
» que s'ils les étranglaient. Quand même il arriverait que l'en-
» fant exposé trouvât quelqu'un qui se chargeât de le nourrir, le
» père en serait-il moins coupable pour avoir livré son propre
» sang à la servitude ou à la prostitution, *ad servitutem vel ad*
» *lupanar*? Oui, autant vaut tuer son enfant que l'exposer. Il est
» vrai que ces pères homicides se plaignent de leur pauvreté et
» prétendent qu'ils ne peuvent suffire à élever plusieurs enfants.
» Comme si les biens de ce monde appartenaient à ceux qui les
» possèdent! Comme si Dieu n'élevait pas tous les jours les pau-
» vres à la richesse et les riches à la pauvreté! Au surplus, que
» ceux que leur indigence empêche de nourrir leurs enfants
» s'abstiennent de leurs épouses, cela vaut mieux que de porter
» des mains impies sur l'œuvre de Dieu » (1).

Ce fragment montre à quel point cette cruelle coutume avait fait de ravages dans la société romaine et combien devaient être inefficaces des mesures législatives du genre de celles que nous signalions tout à l'heure, pour enrayer un mal si profondément invétéré.

Cependant on luttait toujours tantôt par un moyen, tantôt par un autre. Constantin ordonnait de nourrir aux frais de l'Etat les enfants pauvres (2), et Justinien, rentrant dans l'ordre d'idées qui avait dicté les constitutions dont nous avons parlé, déclarait que l'enfant exposé serait libre de plein droit et ne pourrait jamais retomber sous la puissance de ceux qui l'auraient ainsi voué à la mort, au jour de sa naissance. « *Sancimus ut*

(4) *Div. inst.* Lib. VI, ch. 20.

(1) Code Théod., L. I., *de alim. quæ inop. parent.*

» *quoscumque, vel in ecclesiis, vel in vicis, vel aliis locis*
» *abjectos constiterit, ii modis omnibus liberi sint* » (1).

Tous ces remèdes que l'on tentait d'apporter à un mal social étaient absolument inutiles, et jusqu'à l'époque Gallo-romaine, l'exposition continua à être tellement fréquente que l'Eglise elle-même, « pour sauver de la mort les enfants jetés sur la voie » publique, dut autoriser les fidèles qui recueillaient ces épaves » humaines à en faire des serfs, s'ils ne préféraient les adopter » (2).

Ce droit barbare, que rien ne saurait excuser, ne peut pas être considéré comme dérivant de la puissance paternelle. Il n'est que le résultat de la corruption qui avait envahi peu à peu la société romaine.

Il est impossible de le rattacher par aucun point au pouvoir judiciaire du chef de famille, pouvoir qui dans certaines circonstances permettait à celui-ci de prononcer contre ceux qui lui étaient soumis des sentences même capitales, mais ne le laissait pas maître de retrancher de la société, sans autre raison que son bon plaisir, l'enfant qui venait à peine d'y entrer.

24. — *De la condamnation à mort des enfants par le père.*

— Envisagé à ce point de vue le second mode d'exercice du droit de vie et de mort du père de famille était fondé en droit. Le chef de la maison ne faisait pas autre chose alors que jouer le rôle d'un justicier et l'on ne pouvait avoir qu'une crainte, c'est qu'il ne remplît pas sa tâche avec toute l'impartialité désirable.

Est-il nécessaire de revenir sur l'origine probable de la puissance paternelle à Rome ? Nous avons dit que selon toute apparence, elle avait dû se trouver placée dans la main du citoyen par la force même des choses et comprendre les pouvoirs les plus étendus.

Nous trouvons dans Gérard Noodt le résumé de la controverse qui a existé surtout au sujet du droit de vie et de mort, controverse, qui, il faut le dire, ne repose pas sur des bases bien certaines : « *Illud quale est quod Ulpianus jus patris potestatis* » *imputat moribus. Nam Dyonisius* (3) *refert eam deberi legi*

(1) Code Just., 8, 52, 4.

(2) Beaune, *introd. à l'étude hist. du dr. cont.*, T. 1, p. 97.

(3) *Rom. antiq.* II, p. 96.

» *Romuli. Abeâque sententiâ etiam stat Papinianus* (1) *dicens :*
» *vitæ et necis potestatem patri esse concessam lege Regia.*
» *Sed quid novum leges appellari mores et moribus censerî*
» *profectum a lege duodecim Tabularum aut aliâ ? »*

On peut voir par les termes de ce résumé que les bases de la controverse ne sont pas bien déterminées et que l'opinion d'Ulpien semble bien être la plus probable. Cette loi *Regia*, dont parle Papinien, nous est inconnue. Nous savons seulement que l'on donnait ce nom à la loi curiate qui conférait l'investiture au souverain, après qu'il avait été choisi par le peuple. Quel rapport y avait-il entre cette idée et le pouvoir du père de famille, nous n'en savons rien.

D'un autre côté, certains auteurs ont dit qu'Ulpien n'avait attribué l'établissement de la *patria potestas* à la coutume que pour empêcher qu'on ne le fit résulter des lois de Romulus, tant, disait-on, la haine de la royauté était poussée à de ridicules limites (2).

Quoi qu'il en soit, la loi des XII Tables reconnaît formellement le droit de vie et de mort du père sur ses enfants.

Ce pouvoir absolu de condamner même à mort ou d'absoudre n'était-il pas diminué ou même contredit par celui que conférait au peuple une vieille loi de Rome citée par Terrasson (3) ? Cette loi dévouait aux dieux infernaux le fils qui avait frappé son père, la bru qui avait frappé la mère de son mari, etc. Ils devenaient *sacri*, c'est-à-dire livrés à la vindicte publique. Et quand bien même ils eussent imploré leur pardon ; bien plus, quand même ce pardon leur eût été accordé par le père offensé, chacun pouvait les mettre à mort sans déplaire aux dieux et sans avoir à craindre la justice du peuple.

Est-ce bien là une restriction apportée aux droits du père ? Et cette loi, en admettant qu'elle soit authentique, n'affermissait-elle pas au contraire sa puissance en le protégeant contre sa propre faiblesse ? Elle prouverait dans tous les cas une fois de plus, quelle importance les premiers Romains attachaient au

(1) *Coll. leg. mos. et rom.* t. IV.

(2) Heineccius, I, IX, 2.

(3) Terrasson, *op. cit.*, p. 57.

respect de la majesté paternelle puisqu'ils punissaient aussi sévèrement la moindre atteinte qui y était portée.

Quoi qu'il en soit du reste, il n'est pas douteux que le droit de disposer de la vie du fils de famille, même adulte, n'appartint au père dès les premiers jours de Rome. En fait, ce droit fut-il souvent exercé ? Il est permis d'en douter ; car si l'application en avait été fréquente, les historiens n'eussent pas pris soin de citer les quelques rares exemples qui nous sont parvenus, exemples qui sont même révoqués en doute par d'autres historiens (1).

Tite-Live, retraçant l'histoire de la conjuration formée par la jeunesse romaine en faveur des Tarquins, exprime le sentiment d'horreur qu'excita dans Rome la condamnation portée par Brutus contre son fils. Et cependant, bien que Plutarque semble être d'un avis contraire (2), il est à croire que Brutus dans cette circonstance ne jugeait pas seulement en vertu de son pouvoir paternel, il était surtout magistrat, chargé spécialement de protéger la ville naissante contre les ennemis du dehors et du dedans. Si les exemples de condamnations capitales prononcées par les pères de famille avaient été nombreux, l'impression générale dans cette circonstance eût-elle été aussi profonde ?

Un auteur, Libanius, a même essayé de prouver que le droit du père n'allait pas au-delà d'une menace de mort (3). Mais ceci ne saurait être admis. Si l'on peut révoquer en doute la fréquence de l'exercice de ce droit, l'existence ne peut en être niée. Les textes qui l'établissent sont trop nombreux et trop précis.

Cicéron nous a appris la reconnaissance formelle qu'en faisaient les XII Tables (4). Paul, parlant du droit d'exhérédation, dit : « *nec obstat eos exheredare quod et occidere licebat* (5) ».

La loi Pompeia, de *parricidiis*, ne condamnait à la peine capitale que la mère et non pas le père, qui avait tué son fils ; on peut en conclure qu'il avait le droit de le faire sans que la loi eût à lui en demander compte (6).

Constantin rappelle que le père pouvait impunément mettre son

(1) Henneccius, I, IX, 5.

(2) *Vie de Publicola*.

(3) *Decl.*, XXI.

(4) *De legibus*, III, 8.

(5) *Dig.*, 21, 2, 11.

(6) *Dig.*, 48, 9, 1.

filis à mort : « *ut patribus quibus jus vitæ in liberos necisque*
» *potestas olim erat permissa* (1) »

En présence de textes aussi explicites, le doute n'est pas possible.

On peut donc se demander pourquoi la loi *JULIA de adulteriis* avait cru devoir, dans un texte spécial, permettre au père de tuer sa fille adultère. Ce droit ne découlait-il pas tout naturellement de sa puissance paternelle ? Assurément si, et c'est sur cette base que l'établit Papinien : « *Patri datur jus occidendi adul-*
» *terium cum filiâ quam in potestate habet. Itaque nemo*
» *alius ex patribus idem jure faciet. Sed nec filiusfamiliâs*
» *pater* (2) ».

Le sens qu'il faut donner à cette disposition de la loi *Julia*, c'est que le père pouvait impunément tuer l'adultère qu'il surprenait avec sa fille, mais à la condition qu'il tuerait aussi sa fille. C'était le tempérament apporté à sa fureur. Papinien donne lui-même cette interprétation du texte de la loi (3).

Rien n'est donc moins douteux que ce point de la législation romaine, mais le père ne devait pas conserver toujours le droit d'exercer sans contrôle cette redoutable prérogative. L'Etat ne la lui retira pas formellement, du moins pendant bien longtemps, mais il veilla à ce qu'elle ne perdît pas son véritable caractère.

25. — *Réaction contre le jus vitæ necisque et son abrogation par Constantin.* — Trajan est le premier empereur qui porta une peine contre un père qui avait trop durement châtié son fils. Il commença par prononcer de sa propre autorité l'émancipation du fils, et celui-ci étant mort peu après des suites des mauvais traitements subis, le père se vit refuser la possession du pécule qu'il s'était acquis (4). Mais ceci visait plutôt l'abus du droit de correction que le droit de vie et de mort lui-même, puisque le fils n'avait pas été, à proprement parler, mis à mort par son père. On peut cependant conclure *à fortiori* de cet exemple que les pouvoirs du père n'étaient déjà plus considérés comme absolument illimités, ainsi qu'ils l'étaient aux premiers siècles.

(1) Code, 8, 47, 10.

(2) Dig., 48, 5, 20.

(3) *Coll. leg. Mosaic et rom.*, t. IV. — Cfr. Ulpien. Dig., 45, 8, 23.

(4) Dig. 37. 12. 5.

Depuis longtemps déjà l'opinion publique elle-même s'élevait contre les abus de puissance du père, et Sénèque raconte que de son temps un chevalier romain ayant fait mourir son fils en lui infligeant des châtimens trop cruels, fut poursuivi à coups de poignons dans le Forum par le peuple indigné (1).

Toutefois, si les mœurs s'étaient adoucies, le père n'en demeurerait pas moins toujours investi de son pouvoir suprême.

Quand lui fut-il retiré ? Il serait difficile de le dire, car si les exemples cités par les auteurs nous montrent bien des pères punis pour avoir assassiné leurs fils, aucun ne s'applique à ceux qui les avaient justement condamnés à mort.

On cite Adrien comme ayant fait faire à la législation un premier pas dans le sens de l'abolition du droit de vie et de mort, en condamnant un père de famille meurtrier de son fils. Mais nous ne croyons pas que l'exemple soit concluant. Il faut examiner les circonstances qui accompagnèrent l'événement. Un père soupçonne son fils d'avoir eu des relations criminelles avec sa belle-mère. Au lieu de le traduire devant son tribunal et de le juger suivant la coutume, *adhibit*is *propinquis et amicis*, il profite d'une chasse à laquelle assistait son fils, se place en embuscade et le tue. Adrien, par un rescrit, le condamne à la déportation, mais en spécifiant qu'il faut chercher la cause de la condamnation dans cette circonstance : « *Quòd latronis magis quàm patris jure filium interfecit* (2). Ulpien nous fait remarquer que cette expression, *jure latronis*, doit être employée dans le sens de *more latronis* (3). Nous ne devons donc considérer ce rescrit que comme une sentence portée par le prince dans un cas déterminé et en vertu de son pouvoir souverain. Mais nous ne nous trouvons pas ici en face d'une loi générale et les peines ainsi édictées ne s'appliquaient pas dans toutes les circonstances semblables qui pouvaient se présenter dans l'avenir. « *Vel si (princeps) quam pœnam irrogavit..... personam non* » *egreditur* (4).

Le rescrit d'Adrien ne retira donc pas au père son droit de ju-

(1) *De clem.* Lib. 1; c. 14.

(2) *Dig.* 48. 9. 5.

(3) *Dig.* 47. 12. 3. § 7.

(4) *Dig.* 1. 4. 1. § 2.

ridiction suprême, qui lui appartenait encore au temps de Papinien (1), mais il reste comme le premier exemple d'une condamnation infligée par l'Autorité publique à un père meurtrier de son fils.

Bien que Papinien signale encore, à son époque, le droit de vie et de mort du père, nous devons croire qu'il n'était plus admis en principe, car Paul en parle comme d'une institution abandonnée, « *quod et occidere licebat* (2) », et Ulpien dit que les droits de justice du père avaient été donnés au magistrat. « *Inauditum* » *pater occidere non potest sed accusare eum apud præfectum præsidemve provincie debet* (3). C'est ce qu'Alexandre formulait dans la constitution (4) que nous citerons plus loin en parlant du droit de correction proprement dit. Cette constitution n'établissait donc pas un droit nouveau, elle faisait seulement l'application d'un usage généralement admis.

Il n'intervint aucune loi pour restreindre les droits du père en cette matière, mais les abus devaient disparaître peu à peu sous l'influence de l'adoucissement des mœurs : « *Ex horridâ illâ antiquitate ad præsentem usum quædam Augustus flexerat* (5). » Et lorsque Constantin promulgua sa constitution qui assimilait au parricide le meurtre du fils par son père, il ne craignit pas de frapper ce crime des plus terribles châtimens, tant la réprobation qu'il soulevait était grande : « *Si quis parentis aut filii aut omnino adfectionnis ejus quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit; sive clam, sive patam id enisus fuerit, pœna parricidii puniatur : et neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemni pœnæ subjgetur, sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia et inter eas ferales angustias comprehensus, serpentium contuberniis misceatur : et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur ut omni elementorum usu vivus carere incipiat et ei cælum superstili terra mortuo auferatur* (6). »

(1) *Coll. leg. Mosaic et rom.* t. IV.

(2) *Dig.*, 28. 2, 11.

(3) *Dig.*, 48, 8, 2.

(4) *Code*, 8, 47, 3.

(5) Tacite. *Annales*, IV. 16.

(6) *Code*, 9. 17, 1.

26. — *Droit de correction laissé au père.* — Dès lors on peut considérer le droit de vie et de mort comme complètement aboli à Rome, mais en le retirant au père, on ne songeait pas à lui retirer son pouvoir de correction dont le droit de vie et de mort lui-même n'avait été que l'extension exagérée.

Le *paterfamiliâs* conservait donc la faculté de châtier son fils et de le juger pour toutes les fautes qui ne pouvaient pas entraîner de condamnation capitale.

Une constitution de Valentinien pose des limites précises au droit de juridiction paternelle. « *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti, senioribus propinquis tribuimus potestatem : ut quos ad vitæ decora, domesticæ laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat : neque nos in puniendis minorum vitiis potestatem in imensum extendi volumus, sed jure patrio auctoritas corripat propinqui juvenis erratum, et privata animadversione compescat. Quod si atrocitas facti jus domesticæ emendationis excedat, placet enormis delicti reos dedi judicium notioni* » (1).

Cette constitution, qui se rapporte plutôt au droit de correction donné aux parents formant un conseil de famille, ne fait que rappeler les règles posées dès l'époque d'Alexandre Sévère. Valentinien assimilait les droits des *seniores propinqui* à ceux du père, *jure patrio*, et Alexandre nous avait déjà appris quelles étaient les bornes dans lesquelles le père devait se renfermer. « *Si pietatem patri debitam (filius) non agnoscit; castigare jure patriæ potestatis non prohiberis : acriore remedio usus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque præsidi provinciæ oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris* » (2).

On laissait au *paterfamiliâs* le pouvoir de dicter la sentence que le magistrat prononçait ensuite, mais ce n'était que dans le cas où des peines sévères étaient nécessaires, *acriore remedio usus*; dans les autres cas il gardait ses pouvoirs de juge, et Ulpien, qui écrivait à la même époque, disait : « Il est inutile de

(1) Code, 9, 15.

(2) Code, 8, 47, 3.

» donner une action au père contre son fils ou son esclave qui
» l'a volé, puisqu'il peut sévir lui-même contre le voleur (1). »

En limitant ou plutôt en ramenant à la modération le droit du père quant à la faculté de juger et de corriger son fils, on ne songeait donc pas à le priver de ses droits en eux-mêmes ; le père demeurait le censeur de son fils, *censor filii* (2) ; on voulait seulement que l'odieux d'une condamnation grave ne retombât pas sur lui. *Patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere* (3). »

C'est sous l'empire de cette idée qu'Antonin le pieux s'était contenté d'envoyer dans un corps inférieur un soldat que son père avait dénoncé comme déserteur, « *ne videatur pater ad supplicium obtulisse* (4). »

De plus, il était nécessaire que la surveillance la plus rigoureuse fût exercée sur les abus d'autorité du père dans une société où toutes les lois de la famille étaient ouvertement et continuellement violées. On voyait sans cesse à l'époque chrétienne les évêques s'interposer entre le père et les enfants pour protéger leur faiblesse (5).

Mais tout en reconnaissant la nécessité de ces modifications apportées au droit primitif, on peut regretter qu'elles aient eu pour résultat d'affaiblir la majesté paternelle. Du reste, le père de famille, en manquant à tous ses devoirs, avait préparé lui-même sa déchéance. Ses sentences étaient loin d'avoir toujours été dictées par la justice, et par le désir de corriger en punissant.

Celui qui était vraiment père par le cœur, avait la tentation irrésistible d'user de sa puissance de juge pour soustraire son enfant à des châtimens mérités et celui que l'empereur Adrien flétrissait du nom d'*atrox*, réclamait au nom de cette même puissance le droit de prononcer, en matière grave, une sentence que le magistrat eût rendue avec plus de calme et d'impartialité.

(1) Dig., 47, 2, 17.

(2) Suet, *Claude*, ch. VII.

(3) Dig., 48, 9, 5.

(4) Dig., 49, 13, 16, § 6.

(5) Code Théod. L. II, de *lenonibus*. — Cod. Just. 11, 40, 6.

Section 3^{me}. — Du droit de placer l'enfant « in mancipio » et du droit d'abandon noxal.

27. — *Caractère de la vente des enfants et condition des personnes in mancipio.* — Une autre conséquence à tirer du pouvoir absolu que possédait le père sur ses enfants, c'est qu'il avait la faculté de les vendre ou plutôt de les placer *in mancipio*, ce qui était différent, en principe du moins, sinon dans l'application.

Qu'était-ce que le *mancipium* ? C'était le pouvoir que possédait le chef de famille sur les personnes libres qui lui avaient été cédées par la mancipation.

Les personnes ainsi mancipées demeuraient libres vis-à-vis de tout autre que le *dominus*, l'*emptor* ; elles gardaient par conséquent leur ingénuité. Il est nécessaire de poser ce principe pour pouvoir expliquer les contradictions apparentes que nous rencontrerons dans les textes à propos de la vente des enfants.

Et d'abord le droit lui-même ne saurait être révoqué en doute ; les XII Tables le reconnaissent formellement. « *Endo liberis* » *justis jus vitæ necis venundandique potestas ei esto. Si* » *pater filium ter venunduit, filius à patre liber esto* (1). »

D'autre part, Paul, au livre V de ses sentences (2) nous dit que le père pouvait vendre les enfants, *contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratiâ*.

Comment concilier ces textes si formels avec d'autres non moins formels qui nous sont parvenus également ? Une constitution de Dioclétien dit que l'aliénation des enfants n'est pas admise par les lois romaines. « *Abdicatio quæ, græco more, ad alienandos liberos usurpatur et ἀποκηρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur* » (3). Nous savons que l'on a voulu faire de cette *abdicatio* une punition spéciale en vertu de laquelle le père chassait l'enfant de la famille. Mais c'est là une pure hypothèse, et Dioclétien semble bien n'en faire qu'une forme par-

(1) Ulp. *fragm.* X. 1.

(2) Paul. *Sent.* 5. 1. § 1.

(3) Code, 8. 47. 6.

ticulière de vente puisqu'il dit qu'on l'employait *ad alienandos liberos*.

Quoi qu'il en soit, nous avons un texte plus explicite encore, c'est une constitution de Constantin qui semble nier d'une manière absolue que le père de famille ait jamais eu le droit de vendre ses enfants. « *Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus quibus jus vitæ in liberos, necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret* (1). »

Ceci semble bien formel et cependant la contradiction n'est pas, croyons-nous, aussi complète qu'elle le paraît tout d'abord.

Premièrement on pourrait expliquer la divergence des textes en les appliquant à des époques diverses. Au moyen-âge de la République, la vente des enfants n'était plus admise, en ce sens du moins qu'elle n'était le plus souvent que fictive et avait seulement pour but de les affranchir de la puissance paternelle.

En second lieu, on peut entendre la constitution de Constantin dans ce sens qu'en effet on n'enleva jamais la liberté aux enfants en les mancipant à des étrangers. Ils étaient *in mancipio*, mais non pas esclaves, *loco servorum, non servi*.

Nous avons déjà fait cette distinction, mais nous devons examiner sommairement quelles différences radicales séparaient l'enfant placé *in mancipio* de l'esclave. Nous emprunterons ces explications à Gaius (2) qui dit formellement que de son temps le père avait le pouvoir d'aliéner ses enfants de cette manière.

Le fils de famille placé *in mancipio* gardait sa qualité de personne libre et ingénue. On ne pouvait le frapper de châtiments trop sévères ou infamants, ni même l'injurier, car de même que tous les hommes libres, il aurait pu intenter l'action d'injures. Quand il s'agissait de l'affranchir, les lois restrictives du nombre des affranchissements, la loi *Ælia Sentia* aussi bien que la loi *Fusia Caninia*, ne pouvaient pas lui être appliquées; il ne pouvait pas être institué héritier nécessaire, et dans tous les cas il avait toujours à sa disposition un moyen de faire cesser cette situation inférieure; *ne diu quidem in eo jure detinentur homines*. En offrant au maître le paiement d'un certain prix ou une autre personne capable de rendre les mêmes services, l'enfant lui-

(1) Code, 8. 47. 10.

(2) *Comm.* 1, § 138 à 142.

même ou toute autre personne pouvait exiger l'affranchissement.

Ces questions sont un peu en dehors de notre sujet, mais nous devons établir ces distinctions afin de prouver que si l'on avait raison de dire que les Romains n'aliénaient pas la liberté de leurs enfants, ils avaient cependant le pouvoir de les vendre de cette manière.

Etant données les idées romaines sur la situation du fils de famille qui n'était pas une chose comme l'esclave, mais qui devait rendre à son père tous les services que ce dernier exigerait de lui, on peut saisir de suite quel caractère revêtait la vente de ce fils. « *Opera ejus locari possunt* », dit Paul (1). On vendait tous les avantages que pouvait procurer le fils par son travail, et lorsqu'il était en situation d'offrir à son maître un équivalent quelconque, celui-ci ne pouvait pas refuser de l'émanciper.

Les formes de l'acte qui plaçait l'enfant *in mancipio* étaient solennelles et compliquées. La mancipation se faisait en présence de cinq témoins, citoyens romains, pubères, et d'un porte-balances, *libripens*. Des paroles solennelles étaient prononcées.

Mais une seule de ces mancipations, qui donnait à l'acheteur des droits très étendus sur l'enfant, ne faisait pas cesser la puissance de son *paterfamilias* sur lui. Pour qu'il fût délivré d'une manière définitive de la *patria potestas*, il fallait qu'il eût été mancipé trois fois. Lorsqu'il était affranchi après la première et la seconde vente, au lieu de devenir *sui juris*, il retombait en puissance paternelle, la troisième seule éteignait les droits de son père sur lui. « Il semble, dit M. Sumner Maine, « que ces » trois ventes ont eu pour but de supprimer le droit de vente, et » même avant les XII Tables, les jurisconsultes les avaient trans- » formées en expédient pour détruire la puissance paternelle (2). »

Du reste, remarquons-le, cette loi de la triple vente ne s'appliquait qu'au fils. Il suffisait d'une seule mancipation pour faire sortir les filles et les petits enfants de la puissance paternelle du chef de famille. « *Filius quidem tertia demum mancipatione,* » *celeri vero liberi, sive masculini sexûs, sive feminini unâ* » *mancipatione exeunt de parentium potestate* (3). » Et

(1) *Sent.* 5, 1.

(2) *Op. cit.*, p. 133.

(3) *Gaius, Comm.*, 1, 132.

Ulpien reproduit la même règle (1). On pourrait expliquer cette distinction entre le fils et les autres enfants par la raison que le fils devant continuer la famille et la personne du père, celui-ci ne devait pas pouvoir aussi facilement le faire sortir de sa *domus*.

28. — *Restrictions apportées au jus mancipationis*. — Ce droit de vendre les enfants subit de bonne heure des restrictions et l'on a prétendu que Numa lui-même avait défendu au père, dont le fils avait, avec son assentiment, contracté un mariage solennel, de vendre ce fils ainsi marié suivant les lois (2). Il ne voulait pas qu'une jeune fille, qui, confiante dans l'autorisation du chef de famille, avait cru devenir *materfamiliâs*, devint par un caprice de ce même chef de famille l'épouse d'un homme réduit presque à la condition d'un esclave.

Mais en tout cas, cette loi ne visait qu'un cas bien déterminé, tandis que peu à peu, le droit de placer les enfants *in mancipio* tomba complètement en désuétude. Au temps de Paul, cette vente ne pouvait avoir lieu que dans des circonstances toutes particulières, *contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratiâ* (3).

Une constitution de Dioclétien et Maximien prohiba absolument toute aliénation des enfants : « *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo, neque pignoris jure aut alio quolibet modo, nec sub pretextu ignorantie accipientis in alium transferri posse manifestissimi juris est* (4). »

Cependant, malgré l'adoucissement des mœurs, malgré l'influence du christianisme, devenu la religion de l'Etat, Constantin fut obligé de revenir au droit antérieur, afin de remédier à un mal plus grand encore, l'exposition. On donna au père la permission de vendre ses enfants, mais seulement au moment de leur naissance, *sanguinolentos*, et dans le cas d'extrême détresse, *propter nimiam paupertatem egestatemque*. Encore, serait-il plus exact de dire que la Constitution impériale ne permettait pas formellement cela, elle disait seulement que ceux qui, dans

(1) *Reg.* X, I.

(2) Denys. d'Halic., II, 27.

(3) *Sent.* 5, 1, § 1.

(4) *Code*, 4, 43, 1.

les circonstances indiquées, auraient vendu leurs enfants, ne veraient pas la vente frappée de nullité.

De plus la règle avait un tempérament, c'est que la vente pouvait toujours être résiliée. « *Liceat autem ipsi qui vendidit aut » qui alienatus est aut cuilibet alii, ad ingenuitatem eum » propriam repetere : modo si aut pretium offerat quod potest valere aut mancipium pro ejusmodi præstet (1).* » Ainsi l'enfant conservait toujours le droit de se faire affranchir, et une fois sorti des liens du *mancipium*, il reprenait pleinement sa qualité d'ingénu.

Constantin fit en outre tous ses efforts pour empêcher la multiplication de ces actes qu'il se voyait forcé de tolérer. C'est ainsi qu'il décida que les parents trop pauvres pourraient demander un secours public (2), et l'on vit à la fin du Bas-Empire le trésor public épuisé par ces largesses dont vivaient un nombre considérable de citoyens.

Est-ce à dire que la vente des enfants disparut complètement ? Non, sans doute, car un siècle après Constantin, on trouve des exemples de parents obligés de recourir à ce moyen suprême pour satisfaire aux exigences du fisc. Une femme se plaint amèrement d'avoir été réduite à cette dure extrémité : « *Mihi est » maritus qui fiscalis debiti gratia sæpe suspensus est, et » flagellatus ac pœnis omnibus cruciatus servatur in carcere. Tres autem nobis filii fuerunt qui pro ejusdem debiti » necessitate distracti sunt (3).* »

Nous retrouverons cet usage barbare exercé encore chez les Gallo-Romains, et même sous la seconde race de nos rois.

29. — *De l'abandon noxal, son abrogation par Justinien.* — Au droit de vendre les enfants se rattache directement celui de les abandonner, en réparation des dommages qu'ils auraient pu causer par leur fait ou par leur faute.

Quand le fils de famille avait commis un délit, on le poursuivait directement ; mais la puissance paternelle était un obstacle à l'exécution de la sentence. Alors on mettait en cause le *paterfamilias* ;

(1) Code, 4, 43, 2.

(2) Code Théod., 2, 27, 1, § 2.

(3) St Jérôme, *vita Paphnutii*.

lequel avait alors deux alternatives : il pouvait ou payer la somme réclamée, ou livrer l'enfant, auteur du dommage.

On assimilait ainsi d'une manière absolue l'enfant à l'esclave ou même à l'animal domestique; et Gaius, qui nous donne la théorie complète de l'abandon noxal, ne les sépare pas les uns des autres.

Il ne pouvait pas, du reste, en être autrement en poussant jusqu'à ses dernières limites le principe de l'omnipotence absolue du père de famille. Quelle distinction établir, en effet, entre le cas où le père, vendant son fils, recevait un équivalent en argent, et celui où il livrait ce même fils pour éviter de payer à celui qui, par sa faute, avait éprouvé un préjudice, ce que nous appelons des dommages-intérêts? Gaius résume en quelques mots l'origine et le mode d'application des actions noxales. « *Constituta sunt noxales actiones aut legibus, aut edicto; legibus, velut furti lege XII Tabularum; damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris velut injuriarum et vi bonorum raptorum* (1).

Le père pouvait ou abandonner l'enfant ou payer l'estimation du dommage, *litis æstimationem*; et la raison de ce droit d'option était toute simple, nous dit Gaius : « *erat enim iniquum nequitiam eorum ultrà ipsorum corpora parentibus damnosam esse* (2). » L'enfant est assimilé à une chose qui ne doit pas causer à celui qui la possède un préjudice plus grand que sa valeur propre.

L'abandon noxal se faisait au moyen d'une mancipation qui, de même que dans la vente ordinaire, plaçait l'enfant *in mancipio*. Quand donc nous avons dit tout à l'heure que Gaius n'établissait pas de différence, en cas d'abandon noxal, entre le fils de famille et l'esclave, nous sommes allés trop loin. Une distinction fondamentale doit être faite entre les deux.

L'enfant abandonné en réparation sert celui auquel il a été mancipé, mais il ne devient pas esclave : *Serviebat quidem sed non erat servus* et il redevenait libre de plein droit, libre et ingénu quand il avait par son travail acquis à son maître l'équivalent du préjudice qu'il lui avait causé.

En cas d'abandon noxal, l'action était attachée à la personne

(1) *Comm.*, IV, § 76.

(2) *Comm.*, IV, § 75.

de l'auteur du délit : « *Omnes noxales actiones caput sequuntur* (1). » Tant que le fils était sous la puissance de son père, c'était contre ce dernier qu'on les exerçait. Mais si le fils de famille devenait *sui juris* avant que l'action eût été intentée, elle s'attachait à sa personne ; de noxale elle devenait directe. Et lorsque Justinien eut aboli l'abandon noxal, du moins en ce qui concernait les enfants, celui qui avait souffert le dommage put encore user de ce moyen pour obtenir réparation.

Que le fils fût ou non en puissance, la partie lésée avait contre lui son action directe ; en effet, le *filiusfamiliās* peut s'obliger « *filiusfamiliās ex omnibus causis tanquā paterfamiliās obligatur* (2). »

Il pouvait arriver que cette action directe fût paralysée pendant que le fils était en puissance ; lorsque, par exemple, il ne possédait pas de pécule. Le résultat de l'action eût dans ce cas été absolument nul.

Mais si le fils avait un pécule quelconque, le créancier pouvait toujours agir contre lui. Le mode d'action seul variait suivant la nature du pécule.

S'il était *profectice*, l'action *judicati* donnée au créancier était transformée en action *de peculio*, et s'exerçait contre le père.

Si le pécule était *castrense* ou *quasi castrense*, l'action s'exerçait directement en vertu du jugement contre le fils ; si enfin il était *adventice*, l'action s'exerçait encore directement, mais cette fois sur la nue propriété seulement du pécule dont l'usufruit appartenait au père.

Le droit d'abandon noxal qu'aucun père vraiment digne de ce nom n'eût jamais dû exercer, était tombé depuis longtemps en désuétude devant la réprobation publique, lorsque Justinien l'abolit définitivement. Cet empereur le flétrit avec raison, comme contraire à tous les sentiments d'affection paternelle. « *Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam suam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quā filius pereclitetur, cum in filiabus suis etiam pudicitiae favor hoc bene excludit* (3).

(1) Gaïus. *Comm.* IV. 77.

(2) Dig. 44. 7. 39.

(3) Inst. 4. 8. 7.

A partir de cette époque l'abandon noxal ne fut donc plus employé que pour les esclaves.

Nous avons dit que l'abandon se faisait pour les fils de famille dans la même forme que leur mise *in mancipio*, c'est-à-dire au moyen de la mancipation.

Nous devons citer à ce propos une controverse qui existait entre les deux grandes écoles des Sabinien et des Proculien, sur la question de savoir si la mancipation faite dans ce cas était volontaire ou non.

Le texte de Gaius va nous dire du reste sur quel point déterminé portait la discussion : « *Cum autem filiusfamilias ex*
» *noxali causa mancipio datur, diversæ scholæ auctores pu-*
» *tant ter eum mancipio dari debere, quia lege Duodecim*
» *Tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris*
» *exeat quàm si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius*
» *ceterique nostræ scholæ auctores sufficere unam mancipa-*
» *tionem crediderunt ; tres enim lege XII Tabularum ad vo-*
» *luntarias mancipationes pertinere* (1). »

Supposons un enfant abandonné *noxali causa* par son père. Une seule mancipation a été faite. L'enfant ayant acquitté sa dette par ses services, est émancipé par un des modes admis pour éteindre le *mancipium*. Sera-t-il *sui juris* ou retombera-t-il sous la puissance de son père ? On devra adopter la première opinion, si, comme les Sabinien, on admet qu'on ne se trouve pas en présence d'une mancipation *volontaire*, laquelle devait seule être renouvelée trois fois pour détruire la puissance paternelle. C'est l'avis auquel se range Gaius. On dira au contraire que l'enfant retombe *in patriâ potestate* si l'on décide avec les Proculien que le père demeurant toujours libre de payer la *litis estimationem* ou de livrer son fils, on se trouve en face d'une aliénation volontaire. Auquel cas, la mancipation n'ayant pas été renouvelée trois fois, le fils n'est pas libéré de la puissance paternelle. C'est ce dernier système qui nous semble le plus rationnel.

Du reste, à l'époque de Justinien, tout l'intérêt de ces distinctions avait disparu, puisqu'il n'existait plus ni abandon noxal des fils de famille, ni *mancipium*, ni mancipation. Toutefois, il est

(1) Inst. 4, 8, 7.

(2) Comm. 4, 79.

bon de noter que, même à ce moment, la vente du fils de famille était permise dans le cas d'extrême détresse, tandis que cette vente fictive qu'on appelait *fiducia causa* et qui avait pour but de conduire à l'émancipation, avait absolument disparu.

Nous ne saurions, du reste, l'étudier ici, puisqu'elle doit être considérée comme une simple forme de procédure ne produisant aucun des effets de l'ancienne mancipation et ne conférant même pas à l'*accipiens* le droit d'exiger un service quelconque de l'enfant.

Les autres droits du père qu'il nous reste à examiner n'ont pas le caractère spécial que revêtent ceux que nous venons de passer en revue en dernier lieu.

Ils se retrouvent avec des modifications et des restrictions dans notre législation actuelle.

Section 4^{me}. — Des droits du père relativement au mariage des enfants.

30. — *Du droit de consentir au mariage, de l'imposer et de le rompre.* — Après ce que nous venons de dire sur les droits sans limites que possédait à Rome le père de famille, il n'est pas besoin de longues recherches pour se convaincre que ses enfants ne devaient pas pouvoir se marier sans son autorisation, bien que le plus souvent le mariage ne les rendit pas plus indépendants.

Mais ce n'est pas comme père que le *paterfamiliās* romain est appelé à donner son consentement au mariage des enfants, c'est comme chef de famille. Et cela est si vrai, que si l'aïeul est vivant et qu'il ne se soit pas dépouillé de sa puissance, ce sera lui qui autorisera le mariage ; le père ne conservera que le droit de donner son avis ; et encore ce droit lui-même disparaîtra-t-il lorsqu'il s'agira du mariage d'une fille.

Il est donc vrai de dire que ce droit dérive de la puissance paternelle et non de la paternité : « *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes qui coeunt quorumque in potes-*

» *tale sunt* (1); » et nous trouvons une autre preuve de cette vérité dans ce fait que l'enfant émancipé, c'est-à-dire libre de tous les liens de puissance, se mariait à son gré sans avoir à demander même un conseil. « *Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest.* »

Nous verrons qu'il n'en est pas de même dans notre droit où les principes sont bien différents. La mère y participe dans une certaine mesure aux droits du père; à Rome, elle n'avait pas d'avis à donner; l'enfant devenu *sui juris* par la mort de son père, avait liberté pleine et entière de se marier à son gré, que sa mère fût ou non vivante.

Nous venons de dire que si la qualité de chef de famille résidait dans la personne de l'aïeul paternel, lui seul était appelé à autoriser le mariage des petits-enfants; mais nous avons fait une distinction entre le mariage du petit-fils et celui de la petite-fille. Pour le premier, le père doit être consulté; cela n'est pas nécessaire dans le second. C'est que le mariage du petit-fils est appelé à faire entrer dans l'agnation du père des membres nouveaux, et il ne faut pas que cela se fasse malgré celui qui est destiné à devenir chef de famille après la mort de l'aïeul. « *Ne ei invito suus hæres agnascatur* (2). »

Le mariage de la petite-fille, au contraire, n'amenait souvent aucune modification dans la famille; lorsqu'elle était placée *in manu*, elle échappait à la puissance du *paterfamilias*. Mais dans aucun cas ses enfants ne se trouvaient soumis à la *patria potestas* de leurs ascendants maternels. Le chef de famille de la petite fille était donc seul appelé à concourir à un acte qui ne devait apporter aucune modification dans l'agnation du chef qui devait lui succéder. « « *Nepote uxorem ducente et filius consensu tire debet, neptis vero si nubat voluntas et auctoritas avi sufficiet* » (3).

Cependant un autre texte du même juriconsulte cite un cas où un aïeul peut consentir seul au mariage de son petit-fils. « *Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos, me solo auctore contrahi posse,*

(1) Dig. 23, 2, 2.

(2) Inst. 1, 11, 7.

(3) Dig., 23, 2, 16, § 1.

» *Pomponius dicit et verum est* » (1). Mais c'est ici un cas tout-à-fait particulier et qui ne modifie pas la règle générale.

Le mariage contracté sans le consentement du père est donc nul ; mais ce mariage, nul par défaut d'autorisation, ne pourrait-il pas être ratifié dans la suite ? Assurément si ; il est toutefois un point sur lequel on peut hésiter. Ce consentement, donné après coup, aura-t-il un effet rétroactif ? La plupart des jurisconsultes se prononcent pour la négative (2). On assimile ce cas à celui où le mariage est nul pour défaut de puberté.

Les deux mariages sont, pour des causes différentes, frappés d'une égale nullité. Ils deviennent valables le jour où la condition qui faisait défaut vient à être remplie. Or, dans le cas de puberté il n'y a pas d'effet rétroactif : « *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore cum apud virum explesset duodecim annos* (3) ». Il est naturel de décider de la même manière, lorsqu'il y a nullité pour défaut de consentement, puisque, par ailleurs, les deux espèces sont identiques.

Nul mariage ne pouvait donc se faire valablement sans que le *paterfamilias* eût donné son consentement ; mais ses pouvoirs allaient-ils jusqu'à contraindre ses enfants à se marier contre leur propre volonté ? La réponse à cette question est encore ici différente, suivant qu'il s'agit du fils ou de la fille de famille. Le premier, auquel le mariage donnerait des héritiers siens malgré lui, ne peut jamais être forcé par son père à le contracter : « *non cogitur filiusfamilias uxorem ducere* (4) » — « *filiofamilias dissentiente, sponsalia ejus nomine fieri non possunt* (5) ».

Mais pour la fille, il n'en était pas ainsi et les lois accordaient un pouvoir absolu au père en cette matière. Une seule circonstance pouvait autoriser la résistance de la jeune fille, c'était celle où l'époux que son père lui destinait était indigne ou de mœurs dépravées. « *Tunc autem solum dissentendi à patre licentia filiae conceditur si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat* (6). »

(1) Dig., 23, 2, 3.

(2) Dig., 48, 5, 13, § 6 et 8. — 35, 1, 10.

(3) Pomponius. Dig., 23, 2, 4.

(4) Dig. 23, 2, 21.

(5) Dig.. 23, 2, 13.

(6) Dig., 23, 1, 12.

Ce pouvoir excessif du père à l'égard de sa fille produisait des résultats moins odieux que celui en vertu duquel il pouvait, de sa propre autorité, briser une union contractée, même avec son consentement, par sa fille; quelque bien assortie du reste, que fût cette union : « *Pater, invitâ filiâ, repudium genero misit* (1). »

Ce droit exorbitant est mentionné par Plaute dans sa comédie de Stichus. Une fille se plaint à son père de ce qu'il a dissous son mariage et elle lui dit : Ou le mari que vous m'aviez donné ne vous convenait pas, et alors pourquoi avoir permis ce mariage; ou il vous plaisait, et alors de quel droit rompiez-vous maintenant malgré nous cette union?

*Aut olim nisi tibi placebant, non datas oportuit;
Aut nunc non æquum est abduci pater.*

C'est exactement l'idée que Cicéron avait déjà exprimée :

*Injuria abs te adficio indigna, pater;
Nam si improbum Chresphontum existimaveris,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam linquere cogis* (2)?

Nous savons qu'on a voulu révoquer ce droit en doute en se fondant sur un texte de Paul, qui rappelant la nécessité du consentement paternel pour la validité du mariage, dit ensuite, qu'une fois contracté il ne saurait être dissous par lui. « *Eorum* » *qui in patris potestate sunt sine voluntate ejus matrimo-* » *nia non contrahuntur, sed contracta non solvuntur* (3). »

Etant données les idées romaines, on ne saurait prendre ce texte dans le sens absolu qu'il paraît avoir. Mais il faut selon toute apparence l'expliquer par la législation en usage depuis Marc-Aurèle, législation en vertu de laquelle il n'était plus permis au père de dissoudre le mariage de ceux qui étaient sous sa puissance. « *Dissentientis patris qui initio consensit matri-* » *monio cum marito concordante uxore filiafamiliâs, ratam* » *non haberi voluntatem, divus Marcus pater, religiosissi-*

(1) *Frag, Vatic.*, § 116.

(2) *Cic. Ad Herem.* 2, 24, 38.

(3) *Sent.* 2, 19, 2.

» *mus imperator, constituit: nisi, magnâ et justâ causâ
» interveniente, pater fecerit* (1). »

C'est là l'explication qui semble la plus naturelle puisque Paul lui-même dans ses sentences dit qu'une constitution d'Antonin-le-Pieux avait déjà établi cette règle, laquelle fut ensuite reproduite par Marc-Aurèle, puis par Dioclétien et Maximien (2).

Du reste, nous devons remarquer que même à l'époque où le père avait le droit de dissoudre le mariage de sa fille, il ne pouvait le faire qu'autant qu'elle était encore sous sa puissance; il la revendiquait purement et simplement (3); encore certains auteurs ont-ils prétendu que le mari avait contre le père l'action d'un acheteur évincé (4).

Mais si la fille avait été émancipée depuis son mariage, elle ne pouvait être contrainte à suivre les volontés de son père lorsqu'il plaisait à celui-ci de lui envoyer le *divortium*: « *Filiæ
» emancipatæ pater divortium in arbitrio suo non
» habet* (5). »

Il en était de même si, lors de son mariage, elle avait été placée *in manu mariti*, la *manus* produisant une sorte d'émancipation en ce sens que la puissance échappait aux mains du père pour tomber en celles du mari. La revendication du père n'était donc plus possible.

Nous devons penser que l'on chercha à éluder les dispositions législatives dont nous venons de parler et que le père usa de moyens indirects pour contraindre sa fille à rompre elle-même son mariage, car les empereurs furent obligés de défendre expressément tous les actes qui eussent tendu à obtenir ce résultat.

C'est ainsi que Maximien et Dioclétien autorisèrent à introduire la *plainte d'inofficiosité*, une fille que son père aurait exhéredée uniquement à cause de l'irritation qu'elle lui aurait causée en refusant de rompre un mariage bien assorti (6).

Enfin il est hors de doute qu'à l'époque d'Ulpien le père ne

(1) Code, 5, 17, 5.

(2) Paul, *Sent.* 5, 6, 15.

(3) Dig. 6, 1, 1, § 2. — 43, 30, 3, § 3.

(4) Macrobe, *Saturn.* 1, 6.

(5) Code, 5, 17, 5.

(6) Code, 3. 28. 18.

pouvait dans aucune circonstance envoyer le *divortium* à ses enfants contre leur volonté : « *Certo jure utimur ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur.* » (1)

31. — *Cas où le consentement du père pouvait être suppléé.* — En retirant au *paterfamiliâs* la faculté d'abuser de son droit incontestable de contrôle sur le mariage de ses enfants, on ne songeait pas à affaiblir ce droit lui-même. On considérait que l'avis et le consentement du chef de famille étaient si nécessaires lorsqu'un des membres de la *domus* se mariait, que si pour une raison ou pour une autre le *paterfamiliâs* était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le mariage ne pouvait pas avoir lieu.

C'est ce qui arrivait lorsque le père était en état de démence ou d'absence. A l'origine, nulle dérogation à cette règle n'était permise. Ce ne fut que peu à peu, sous l'influence de certaines idées et à l'époque surtout où tous les efforts du législateur tendaient à favoriser les mariages, qu'on se relâcha de cette rigueur.

On fit d'abord une exception en faveur de la fille du *furiosus* ou du *mente captus*, en appliquant la prohibition au fils seul. Mais cette distinction, qui fut faite par les jurisconsultes, ne changea pas définitivement la règle elle-même.

Marc-Aurèle le premier permit d'une manière générale aux enfants du *mente captus* de se marier. On ne considérait pas ce genre de folie comme incurable.

Justinien enfin effaça toutes les distinctions et toutes les restrictions et donna la permission de contracter mariage sans le consentement paternel, tant aux fils qu'aux filles du *furiosus*, comme du *mente captus* (2).

On exigea seulement qu'un conseil de famille, formé par les parents les plus honorables du père en démence et assisté de son curateur, donnât son avis : « *præsentibus tam curatoribus de-
mentis vel furiosi, quàm his qui ex genere eorum nobilio-
res sunt* » (3). Ce conseil devait se réunir en présence du pré-

(1) Dig. 43. 30. 1. § 5.

(2) Code 5. 4. 25.

(3) Code, 5, 4, 25.

fet de la ville ou du président de la province, qui approuvait le choix du fils de famille et réglait la dot de la future épouse ainsi que les donations *ante nuptias* (1).

En cas d'absence, les enfants pouvaient se marier trois ans après la disparition du père et encore si le mariage avait été contracté avant l'expiration des trois ans, le père n'avait le pouvoir de le faire rompre que dans le cas où il était tel qu'il n'eût pas pu sagement y donner son consentement (2).

Le soin avec lequel on avait toujours veillé à Rome à ce qu'on ne touchât pas aux droits du père de famille, disparaissait devant la crainte qu'inspirait à tous la dépopulation constante, résultat de l'abandon des unions légitimes. On en vint même jusqu'à contraindre le père à marier ses enfants (3) et à leur faire une dot, et l'on assimila le père qui ne prenait pas souci de marier ses enfants à celui qui s'opposait sans raison à leur mariage : « *Prohibere autem videtur et qui conditionem non quærit* (4) ».

Aucun des droits du père de famille ne fut soumis à un contrôle aussi sévère, et ne devint l'objet d'une surveillance aussi active de la part du magistrat. Mais on ne remarque ce soin jaloux du maintien de la liberté des mariages, dans la limite du moins où cette liberté était possible eu égard aux principes de la législation, on ne remarque, disons-nous, ces tendances qu'au VIII^e siècle de Rome, à l'époque des lois destinées à faciliter et à encourager les unions légitimes.

Nous citerons, en terminant cet examen sommaire des droits du père relativement au mariage de ses enfants, un texte de Papinien qui semble trancher une question sur laquelle un doute ne paraît cependant pas pouvoir s'élever : « *Filiusfamiliâs miles,* » dit-il, « *matrimonium sine patris voluntate non contrahit* (5) ».

Était-il nécessaire de le dire, car nous savons que la *patria potestas* n'était pas détruite par l'entrée du *filiusfamiliâs* dans l'armée ? « *Etiam militibus prîtatis ratio in parentes constare*

(1) Code, 5, 4, 25.

(2) Dig., 23, 2, 9 et 11.

(3) Tite-Live, XXXIX, 19. — Dig., 23, 2, 19.

(4) Dig., 23, 2, 19.

(5) Dig., 23, 2, 35.

» *debet* (1). » Peut-être faut-il expliquer le texte de Papinien par cette seule raison que les soldats, jouissant à Rome de grandes et nombreuses prérogatives, on avait voulu faire disparaître un doute qui aurait pu s'élever à cet égard.

32. — *Digression sur le droit de nommer un tuteur testamentaire, et sur le droit d'exhérédation considéré comme sanction de l'autorité paternelle.* — La loi des XII Tables avait posé comme règle absolue le droit pour le père de disposer à son gré de toute sa fortune et de nommer un tuteur à ses enfants. Le premier de ces pouvoirs ne se rattache pas directement à notre sujet, puisque ce n'est plus ici un droit sur la personne. Mais nous en dirons quelques mots, parce que, dans maintes circonstances, il peut être une arme entre les mains du chef de famille pour maintenir les enfants dans le devoir.

Le second au contraire est absolument un droit sur la personne, mais il ne produit son effet qu'au jour où la *patria potestas* a déjà disparu, et à cause de cela, il ne rentre pas non plus absolument dans notre sujet ; il n'est pas inutile cependant de le mentionner, parce que la tutelle est en quelque sorte une continuation, sinon de la puissance, du moins de la direction paternelle.

1^o Droit de nommer un tuteur testamentaire. — « La tutelle » romaine, » dit Troplong, « était une prolongation de la *patria potestas* jusqu'au moment de la simple virilité physique (2). »

Cette idée devait nécessairement conduire le législateur à donner au père de famille le droit de désigner celui qui devait, après sa mort, exercer, du moins dans une certaine limite, ses propres droits.

Aussi ce pouvoir n'était-il donné qu'au chef de famille, lequel ne pouvait l'exercer qu'autant que celui auquel il désignait un tuteur ne devait pas, à un moment quelconque de sa vie, se trouver sous la puissance paternelle d'un autre chef (3).

2^o Droit d'exhérédation. — « *Uti legassit paterfamiliās » super pecunia.... suæ rei, ita jus esto.* »

(1) Dig., 37, 15, 1.

(2) Troplong, *Infl. du Christian. sur le droit romain*, p. 153.

(3) Inst. Just., 1, 13, 3.

Telle était la règle posée par les XII Tables, et Paul trouvait que ce droit devait naturellement appartenir au père de famille auquel on accordait même le pouvoir de faire mourir ses enfants « *Nec obstat quod licet eos exhæredare quod et occidere* » *licebat* (1).

On a prétendu cependant que ce droit du père était une innovation des XII Tables, attendu que dans toutes les sociétés primitives le testament, c'est-à-dire le droit pour l'homme de manifester *légalement* une volonté qui ne sera exécutée qu'après sa mort, était absolument inconnu (2).

« J'affirme, dit M. Sumner Maine (3), d'une manière générale, » que dans toutes les sociétés primitives un état de jurisprudence » dans lequel il n'y avait pas de testament et dans lequel on n'y » songeait pas, a précédé l'état de développement juridique dans » lequel le législateur permet sous des restrictions plus ou moins » étendues que la volonté du propriétaire passe avant la volonté » des parents. »

Ceci n'est qu'une opinion, mais ce qui pourrait en prouver la vérité, du moins en ce qui concerne le peuple romain, c'est que le testament, à l'origine, était une négation formelle de la volonté de l'individu, puisqu'il ne pouvait se faire que par une loi curiate, c'est-à-dire avec l'assentiment du peuple.

Quoi qu'il en soit de l'origine du testament, il fut à Rome une arme puissante entre les mains du père, qui en abusa comme de toutes celles que la loi lui avait données. On fut contraint de réagir et l'on tempéra la rigueur de ce pouvoir d'abord par des règles compliquées auxquelles on en soumit l'exercice, puis par la faculté que l'on donna à l'enfant de protester contre l'acte qui le dépouillait.

On entoura l'exhérédation de formalités rigoureuses et on établit au profit de l'enfant la plainte d'inofficiosité.

Ces restrictions, toutefois, ne furent pas le résultat de dispositions législatives, elles furent apportées par la coutume, et les jurisprudents qui les consacrèrent eurent bien soin d'avoir re-

(1) Dig. 28, 2, 11.

(2) Tacite. *Hist. des Germains*.

(3) *Op. cit.* p. 168.

cours à une fiction pour laisser en apparence les droits du père intacts.

On exigeait l'exhérédation nominative sous ce prétexte que la volonté du père ne devait pas être manifestée d'une manière douteuse ; puis, quand on permit plus tard d'attaquer le testament, comme contraire à l'*officium pietatis*, ce fut sous cet autre prétexte que le père, en le faisant, n'était pas sain d'esprit (1).

Le droit d'exhérédation semblait avoir été mis aux mains du père, uniquement pour servir de sanction à son autorité. Le jour où ce moyen était faussement employé et détourné par là même de son but, on le retirait à celui auquel il avait été accordé, mais on le lui retirait en alléguant que la faiblesse de son esprit ne lui permettait plus de l'exercer.

Nous ne pouvions du reste ici que signaler ce droit du père de famille, sans entrer dans des détails qui nous entraîneraient trop loin de notre sujet.

Nous avons vu ce qu'était la puissance du père de famille à Rome, quels étaient ceux à qui les lois accordaient cette puissance et quels droits elle comprenait.

Il ne nous reste plus qu'à passer en revue les modes d'extinction auxquels elle était soumise, après quoi nous examinerons sommairement la place que Rome avait faite à la mère de famille dans la maison de son époux.

(1) Inst. Just. 2, 18.

CHAPITRE IV

DES MODES D'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Avant de passer en revue les modes d'extinction de la puissance paternelle, nous devons établir tout d'abord une distinction.

La puissance du père prenait fin tantôt parce que le père de famille en était dépouillé ou était dans l'impossibilité de l'exercer, tantôt parce que, pour une cause ou pour une autre, tel ou tel de ses enfants venait à s'y soustraire, sans que pour cela il cessât de l'exercer à l'égard de ses autres enfants.

De plus, il pouvait arriver que le fils de famille vit son chef disparaître sans pour cela devenir lui-même *sui juris* ou *paterfamilias*. On peut citer comme exemple le cas où un petit-fils, à la mort de son aïeul paternel, tombait sous la puissance de son père.

Nous aurons, du reste, à établir ces distinctions dans chacun des modes d'extinction que nous passerons successivement en revue.

33. — *Mort du paterfamilias et mort du filiusfamilias.* —

La mort doit être inscrite en tête des événements qui mettent fin à la puissance paternelle. Qu'elle frappât le père ou le fils, le résultat était le même ; la puissance était éteinte ; mais il existait cependant entre les deux cas une différence.

La mort atteignant le père de famille faisait tomber de ses mains l'autorité suprême ; mais il arrivait parfois que tous les *filiifamilias* ne la recueillaient pas. Le chef de famille n'exerçait

pas sa puissance sur son fils seul, les petits-enfants y étaient également soumis; et si au moment de sa mort, le fils était encore vivant, les petits-enfants voyaient seulement passer en d'autres mains l'autorité à laquelle ils devaient obéir. La mort du *paterfamiliâs* n'amenait pour eux qu'un changement de maître.

Quand l'extinction de la *patria potestas* s'opérait au contraire par la mort du fils, elle était absolue.

Mais, nous le redisons ici, le lien qui unissait le père de famille à ses enfants n'était pas rompu; l'agnation le perpétuait, on pourrait presque dire, indéfiniment. Elle unissait tous ceux qui, à un moment donné, s'étaient trouvés ou auraient pu se trouver placés sous la puissance d'un même chef; elle constituait la parenté civile, celle à laquelle étaient attachées toutes les prérogatives.

Mais ce n'était pas seulement en ce sens que la puissance du *paterfamiliâs* se prolongeait et laissait des vestiges, même après sa mort. Quand le fils de famille était impubère, il était obligé d'accepter le tuteur que son père lui avait désigné dans son testament. Nous devons ajouter, toutefois, que le fils reprenait bientôt sa liberté; le jour où il atteignait le puberté, il entraînait en possession du pouvoir que son père avait eu et il savait faire respecter ce pouvoir, parce qu'il avait appris lui-même à le respecter.

34. *De la maxima capitis deminutio.* — Nous avons vu quels liens intimes unissaient le droit de puissance paternelle au droit de cité. Or l'homme libre seul était citoyen; il ne pouvait donc y avoir de *patria potestas* pour l'esclave ou pour l'étranger.

L'esclave auquel on ne permettait qu'une union sans dignité et sans perpétuité, une union que l'on désignait même par un nom spécial, *contubernium*, afin qu'on ne la confondit avec aucune autre, ne pouvait jamais être revêtu de la dignité de *paterfamiliâs*. Les enfants lui échappaient dès leur naissance, le plus souvent pour devenir esclaves à leur tour.

On naissait esclave ou on le devenait; bien que la situation fût la même, c'était néanmoins dans ce dernier cas seulement que s'opérait la *capitis deminutio*; on l'appelait ici *maxima*.

Quels événements la produisaient?

1^o La captivité chez l'ennemi rendait le soldat esclave. Du jour où il était fait prisonnier, il perdait et sa qualité d'homme libre et par conséquent sa qualité de citoyen.

Mais la loi romaine, tout en maintenant le principe, n'avait pas voulu que cette déchéance fût irrévocable : « *Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, perdet jus liberorum, propter jus postliminii* » (1).

Le jour où le captif rentrait sur le territoire romain, il recouvrait ses droits; le temps de la servitude était effacé, les privilèges éteints renaissaient : « *Hi qui ab hostibus capti fuerunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt* (2). »

Mais si le captif mourait chez l'ennemi, ces droits que Gaius nous dit être en suspens, étaient-ils éteints définitivement du jour de sa mort, ou étaient-ils considérés comme l'ayant été du jour de sa prise par les ennemis? Ulpien répond : « *In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur cum captus est* (3), » et il tranche ainsi une question que Gaius nous indique comme controversée (4).

D'après cette opinion, les enfants étaient considérés comme *sui juris* du jour où leur père avait été pris.

Justinien se range à l'avis d'Ulpien (5).

Nous avons vu que pour ce qui regarde le mariage des enfants, il avait été posé des règles spéciales pour éviter que l'événement malheureux qui avait fait perdre la liberté au père pût empêcher le fils de fonder une famille.

Nous citerons également parmi les faits qui, en faisant passer un homme libre dans la classe des esclaves, éteignaient par voie de conséquence la puissance paternelle,

2^o La fraude du citoyen qui s'était soustrait au cens;

3^o La condamnation pour vol manifeste;

4^o La mise du débiteur insolvable au pouvoir de son créancier;

5^o La condamnation aux mines;

6^o L'ingratitude de l'affranchi;

(1) Gaius, *Com.* I, 129.

(2) *Inst. just.* 1, 12, 5. — Gaius, 1, 129.

(3) *Dig.* 49, 15, 18.

(4) *Comm.* 1, 129.

(5) *Inst.* 1, 12, 5.

7° La fraude de l'homme libre qui s'était laissé vendre et avait partagé le prix de cette vente, etc.

Et remarquons-le, toutes les fois qu'il y avait condamnation, c'était la condamnation et non la peine elle-même qui entraînait la *capitis deminutio*. Les condamnés au dernier supplice perdaient leurs droits du jour de leur condamnation, même lorsque pour une raison ou pour une autre, la peine était différée ; ce qui arrivait par exemple lorsqu'on voulait obtenir des condamnés des aveux ou la désignation de leurs complices (1).

La perte des droits de puissance pouvait donc dans certains cas précéder de beaucoup la mort. « *Præoccupat hic casus mortem et sæpe longum tempus occupat* (2). »

Nous avons cité la condamnation aux mines comme produisant la *capitis deminutio maxima* ; nous devons y joindre la condamnation aux bêtes. « *Pænæ servus effectus filios in potestate habere desinit*, » disent les Institutes, et elles ajoutent : « *Servi autem pænæ efficiuntur qui in metallum damnantur et qui bestiis subjiciuntur* (3). »

De même qu'au cas de mort, il pouvait arriver qu'un chef de famille vint à subir la *capitis deminutio maxima* sans que pour cela ceux qui étaient soumis à sa puissance devinssent *sui juris*.

Mais si la puissance paternelle disparaissait parce que le fils de famille était devenu esclave, l'extinction, qui dans le premier cas, pouvait parfois n'être que relative, était ici toujours absolue.

35. — *De la media capitis deminutio*. — Le jour où le Romain perdait sa qualité de citoyen, même sans devenir esclave, il perdait aussi ses droits de puissance paternelle. « *Quod jus est proprium civium romanorum est*. »

Comment se perdait la qualité de citoyen ?

D'abord, nous le savons déjà, par la perte de la liberté. La *media* et la *minima capitis deminutio* découlaient comme conséquence inévitable de la *capitis deminutio maxima*.

Quelques autres événements que Gaius nous signale pouvaient aussi faire perdre à un citoyen sa qualité : c'étaient certaines

(1) Dig. 48, 19, 29.

(2) Dig., 48, 19, 29.

(3) Dig., 1, 12, 3.

condamnations, l'interdiction de l'eau et du feu, par exemple (1), ainsi que la déportation (2). Enfin l'agrégation à une cité pérégrine, fait d'une nature différente et qui ne revêtait pas le caractère déshonorant des précédents, détruisait également le *jus civitatis*.

La ville et le territoire de Rome n'étaient plus assez grands pour contenir et surtout pour nourrir tous leurs habitants. Les pères de famille usaient de leur puissance pour peupler, en y envoyant leurs fils, les colonies que la métropole fondait dans toute l'Italie. Mais c'était leur dernier acte d'autorité paternelle. Les *filiifamiliâs* devenus habitants de ces cités nouvelles devenaient *sui juris* en perdant leur qualité de citoyens romains.

Ceci disparut, du reste, au X^e siècle de Rome, quand Caracalla accorda le *jus civitatis* à tous les sujets de l'Empire. « *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt* » (3).

36. — *De l'extinction de la patriæ potestas par la minima capitis deminutio*. — La destruction du lien de la puissance paternelle se produisait ici, tantôt parce que le père de famille subissait la *capitis deminutio* et redevenait *filiusfamiliâs*; tantôt parce que le fils de famille émancipé et par là même *capite minutus* devenait *paterfamiliâs* à son tour; tantôt enfin parce que le fils de famille, sans devenir *sui juris*, passait dans une autre *domus*.

Nous examinerons successivement chacune de ces hypothèses en tant que modes extinctifs de la puissance paternelle.

1^o ADROGATION DU PATERFAMILIAS. — Un père de famille perd sa qualité pour devenir *alieni juris*; ce qui se produit quand il se donne en adrogation; ou quand, né hors mariage, par conséquent maître de lui-même, il est légitimé et se trouve ainsi placé *in patriâ potestate*.

Dans les deux cas, la *domus* disparaît et se confond avec la *domus* de l'adrogeant ou du père naturel devenu père légitime. Que deviennent alors les enfants que l'adrogé ou le légitimé avait

(1) Gaius. *Comm.* 1, 161.

(2) Inst. Just. 1, 12, 1 et 2.

(3) Dig., 1, 5, 17.

lui-même en sa puissance ? En principe, ils eussent dû devenir *sui juris*. Mais la loi romaine voulait que toutes les dérogations apportées aux règles naturelles fussent une imitation aussi exacte que possible de la nature. Or, l'adrogé prenant, dans la maison de l'adrogeant, le rang et la place d'un fils, ses enfants devaient être considérés comme les petits-fils de celui qui, aux yeux de la loi, devenait leur aïeul paternel ; par suite, ils tombaient sous sa puissance.

II^o LÉGITIMATION DU PATERFAMILIAS. — Lorsque le père de famille était légitimé, des effets analogues se produisaient. Sa puissance prenait fin et ses enfants passaient sous celle de celui qui devenait son père légitime.

37. *Suite*. III^o ÉMANCIPATION DU FILIUSFAMILIAS. — Un père de famille émancipe son fils ; il y a destruction absolue de sa puissance, par rapport à ce fils qui devient le chef d'une nouvelle *domus*.

C'est le mode le plus fréquent d'extinction de la puissance paternelle, et c'est aussi le plus direct. Le père de famille se dépouillait ici de ses droits par un acte libre de sa volonté : « *Non potest filius qui est in potestate patris, ullo modo compellere eum ne sit in potestate ; sive naturalis, sive adoptivus* (1). » C'était une manifestation nouvelle de la puissance souveraine du père que cette modification apportée à un état de choses auquel les pouvoirs publics n'avaient pas le droit de toucher.

Nous devons remarquer toutefois qu'il n'en fut pas toujours ainsi. Sous Théodose et Valentinien, on donna aux magistrats, aux évêques, le droit de contraindre à émanciper ses enfants, le père de famille qui les maltraitait ou les excitait à la débauche (2).

Quel était le mode adopté pour arriver à produire l'émancipation ? Il n'y eut pas de loi faite pour en régler les formes ; la loi des XII Tables ne s'en occupait pas ; elle permettait seulement l'aliénation des enfants.

C'était bien un moyen de les faire sortir de la famille ; mais

(1) Dig. 1. 7. 31.

(2) Code, 1. 4. 12.

après les trois mancipations exigées pour que cette aliénation fût complète, et par conséquent pour que les liens qui rattachaient l'enfant à sa famille fussent brisés, cet enfant était *in mancipio*, c'est-à-dire, nous l'avons vu, presque au rang d'un esclave, *loco servi*.

Ce fut cependant sur cette disposition législative que se fondèrent les jurisprudents pour établir la procédure de l'émancipation.

L'enfant était mancipé trois fois à un citoyen qui s'engageait, par un contrat de *fiducie*, à l'affranchir. Après la troisième mancipation, au lieu d'affranchir purement et simplement comme après les deux premières, le *fiduciarius* remancipait l'enfant au *paterfamiliâs* qui, pour conserver sur lui le droit de *patronat*, l'affranchissait lui-même.

Nous ne reviendrons pas sur le détail des cérémonies qui accompagnaient ces mancipations; nous les avons déjà mentionnées en parlant du droit de vente du père.

Nous dirons seulement qu'en entourant cet acte de formes solennelles, on avait pour but d'affirmer la force du lien qui unissait le fils à son père et la prudence avec laquelle il fallait agir, quand il était question de briser ce lien.

Le père de famille pouvait émanciper son petit-fils sans avoir besoin de demander le consentement de son fils. Il pouvait garder ce dernier sous sa puissance en émancipant ses petits-enfants, de même qu'il pouvait émanciper son fils sans abdiquer en même temps ses droits sur les enfants qui étaient nés de lui. On lui laissait la liberté la plus entière sur ce point comme sur les autres.

Ces deux puissances, du reste, bien que dérivant l'une de l'autre ou plutôt bien que l'une n'existât que par l'autre, pouvaient être distinctes et séparées.

Si le fils de famille était émancipé pendant la grossesse de sa femme, le petit-fils naissait sous la puissance de son aïeul, car nous savons que dans les justes noces, tous les droits sont fixés au jour de la conception. Il faut donc décider avec Gaius (1) que si la conception de l'enfant se plaçait dans l'intervalle des mancipations successives, on devait le considérer comme étant sous la

(1) *Comment.* I, 13, 5.

patria potestas de l'aïeul. Si au contraire il était conçu après la troisième mancipation, Gaius nous dit que certains auteurs le plaçaient *in ejusdem mancipio cujus et pater erat*. Quant à lui, il croit qu'il faut distinguer et déclarer sa situation incertaine jusqu'au jour de sa naissance. Si à ce moment le père avait été affranchi, il naissait sous sa puissance ; si le père était mort, il était *sui juris*. Mais dans tous les cas, tout sont d'accord pour reconnaître qu'il n'était pas en la puissance de l'aïeul.

Ce cas de la conception de l'enfant dans l'intervalle des mancipations successives pouvait être assez fréquent. Nous savons en effet que ces intervalles étaient souvent très considérables ; de même que nous savons aussi que les mancipations se faisaient soit devant les mêmes témoins, soit devant des témoins différents.

Nous avons vu qu'après les trois ventes successives, les droits du père étaient complètement éteints et que le contrat de fiducie n'intervenait que pour permettre au père d'acquérir sur son fils, en l'affranchissant lui-même, des droits de patronat.

Quels étaient ces droits ? Ils étaient multiples, et les devoirs qui y correspondaient, de la part de l'affranchi, présentaient beaucoup d'analogie avec ceux auxquels étaient astreints les enfants vis-à-vis de leur père.

L'affranchi devait au patron respect et obéissance. Il ne pouvait intenter contre lui d'action déshonorante, et s'il oubliait ses obligations, il pouvait être poursuivi comme ingrat (1). Il devait rendre tous les services que le patron exigerait, et enfin ce dernier acquérait sur ses biens des droits de succession *ab intestat*, droits qui varièrent suivant les époques.

Le patron, par contre, avait des devoirs à remplir à l'égard de l'affranchi. Il lui devait assistance et protection, et après la mort de celui-ci, il devait gérer la tutelle des enfants qu'il laissait en bas âge. C'était un droit de tutelle légitime, mais c'était surtout un devoir et une charge souvent bien lourde à remplir.

Tels étaient les droits et les devoirs qui existaient entre le père et l'enfant après l'émancipation. Bien qu'ils différassent d'une manière essentielle de ceux qui découlaient de la puissance paternelle, on voit qu'ils ne laissaient pas d'être nombreux et assez graves.

(1) Dig. 37, 15, *passim*.

Pour terminer cet examen de l'émancipation par les trois ventes successives, nous devons faire remarquer qu'elles n'étaient nécessaires que pour le fils.

Pour les filles et pour les petits-enfants, les formes étaient simplifiées; il suffisait d'une mancipation suivie d'un affranchissement.

Du reste, ces formalités tombèrent peu à peu en désuétude, en même temps que la mancipation elle-même disparaissait.

A partir d'Anastase, la seule volonté du prince manifestée dans un rescrit suffisait pour produire l'émancipation. Le *paterfamilias* sollicitait ce rescrit, qu'il devait ensuite faire insinuer par un magistrat auquel il était laissé en dépôt. Les magistrats désignés pour remplir cet office étaient, soit le préteur, soit le proconsul ou le *præses provinciæ*, soit même parfois les *duumvirs*, magistrats chargés de fonctions spéciales (1).

Enfin Justinien décida que le consentement des deux parties manifesté devant le magistrat compétent opérerait de plein droit l'émancipation. Nous disons, le consentement *des deux parties*, car le *filiusfamilias* ne pouvait pas être privé contre son gré de la protection qu'il trouvait dans sa situation même de fils de famille (2).

38. *Suite.* — IV^o ADOPTION DU FILIUSFAMILIAS. — Nous avons fait figurer l'adoption parmi les modes d'acquisition de la puissance paternelle, nous devons l'inscrire également au nombre de ceux qui la faisaient cesser. Il y avait, en effet, dans l'adoption des fils de famille, deux opérations bien distinctes : la première éteignant la puissance paternelle du père naturel, la seconde la faisant naître au profit du père adoptif.

C'est la première de ces deux opérations que nous mentionnons ici. Ce n'était, en réalité, qu'une émancipation qui se faisait avec les mêmes cérémonies que l'émancipation ordinaire, avec cette différence qu'à la place de l'affranchissement qui avait lieu après la troisième mancipation, il intervenait entre le père naturel et l'adoptant une *cessio in jure* destinée à placer l'adopté sous la *patria potestas* du père adoptif.

Mais l'impubère donné ainsi en adoption pouvait, une fois ar-

(1) Code, 8, 49.

(2) Paul. *Sent.*, 2, 25, 5.

rivé à la puberté, être émancipé sur sa demande et redevenir *sui juris* : » *Nonnunquam autem impubes, qui adoptatus est, au-
» diendus erit, si pubes factus emancipari desideret. Idque,
» causâ cognitâ, per judicem statuendum erit* » (1).

C'était là une différence radicale établie entre le fils adoptif et le fils naturel qui ne pouvait jamais contraindre son père à l'émanciper.

A partir de Justinien, l'adoption ne peut plus être rangée d'une manière générale parmi les modes d'extinction de la puissance paternelle, puisque celle-ci subsistait après l'adoption, toutes les fois que l'adoptant était une personne étrangère, *extranea persona* (2).

A cette époque aussi, toutes les formes solennelles de l'adoption avaient disparu. Une déclaration faite devant le magistrat par le père naturel, en présence de l'adoptant et de l'adopté, suffisait pour la produire (3).

39. — *Autres modes d'extinction de la puissance paternelle.*

— Il existait d'autres événements qui mettaient fin à la puissance paternelle et qui différaient de ceux que nous venons d'étudier en ce sens qu'ils n'entraînaient pas de *capitis deminutio*.

Parmi ces événements figurait l'arrivée du fils de famille à certaines dignités.

Nous savons qu'en principe la *patria potestas* continuait à s'étendre sur ceux qui avaient été chargés des fonctions publiques, même les plus élevées, et alors même que ces fonctions demandaient une large initiative personnelle de la part de ceux auxquels elles étaient confiées.

La tutelle qui, à Rome, était considérée comme une charge publique, pouvait être donnée au fils de famille, mais il n'en demeurait pas moins sous la puissance de son père (4), et l'on défendait au père d'épouser la pupille de son fils parce qu'on craignait qu'il n'usât de ses pouvoirs sur ce fils pour exercer indirectement une contrainte à l'égard de la jeune fille. On admettait donc que ces pouvoirs sur le fils tuteur subsistaient dans toute leur étendue.

(1) Dig. 1, 7, 32.

(2) Inst. Just., 1, 11, 2.

(3) Inst. Just., 1, 12, 8.

(4) Inst., 1, 14. — Dig. 1, 6, 9.

Les dignités les plus grandes, les magistratures, les commandements militaires que le fils de famille pouvait être appelé à exercer, le laissaient sous la pleine autorité de son père, et si nous trouvons au Digeste un texte qui nous dit « que dans tout ce qui » concernait le droit public, la puissance paternelle ne devait » nullement être considérée (1) », il n'en est pas moins vraie, rentré dans la vie privée, le citoyen continuait à obéir à son père, et que bien souvent, ce père devait user de l'immense ascendant que la loi lui donnait pour imposer une ligne de conduite à son fils.

Ne voyons-nous pas l'exemple du père du tribun Caius Flaminius, arrachant son fils de la tribune aux harangues pour empêcher que, par son éloquence et par son vote, il ne contribuât à faire adopter une loi funeste ? (An de Rome 520)

« Je ne sais », dit Rollin, « si l'histoire nous fournit aucun » fait qui marque mieux combien à Rome l'autorité paternelle » était grande et combien elle y était respectée. Ce tribun, qui » avait méprisé l'indignation et les menaces du Sénat entier, dans » le feu de l'action même, et à la vue du peuple si vivement intéressé à la loi qu'il proposait, se laisse emmener de la tribune » comme un enfant par la main d'un vieillard ; et ce qui n'est pas » moins admirable, l'assemblée, qui voyait ses espérances détruites par la retraite de son tribun, demeura tranquille sans » montrer par aucune plainte ni par le moindre murmure qu'elle » improuvât une action si hardie et si contraire à ses intérêts (2). »

Le principe établi était incontestablement que toutes les dignités devaient s'effacer devant la majesté paternelle, et les exceptions à ce principe étaient extrêmement rares.

Les Flamines de Jupiter et les Vestales étaient *sui juris* (3). Certains auteurs ont tenté de prouver que l'on ne se trouvait pas ici en face d'une exception formelle aux principes établis, parce que les prêtres chargés de revêtir les nouveaux initiés du caractère sacré en prenaient possession au nom des dieux, *capiebantur*, ce qui produisait une sorte de *capitis deminutio* et par conséquent éteignait la puissance paternelle. Mais cette explication n'est pas

(1) Dig. 36, 1. 13, § 5 et 14.

(2) *Hist. romaine*. Edit. Estienne, de 1769, t. IV, p. 266.

(3) Aul. Gel. I, XII.

satisfaisante, car, tout d'abord, il était admis que les Flamines et les Vestales n'étaient pas *capite minuti* (1), et en second lieu, une cérémonie identique, désignée par les mêmes expressions, s'accomplissait pour les Augures; or, il n'est dit nulle part qu'ils fussent soustraits à la puissance paternelle.

Il faudrait donc chercher ailleurs la cause de cette dérogation aux règles; mieux vaut admettre simplement, selon toute apparence, qu'en raison de la grandeur de ces dignités sacerdotales, le législateur avait cru devoir s'écarter de la rigueur des principes.

Les soldats, bien que formant une caste privilégiée, n'échappaient pas, avons-nous dit, à la *patria potestas*. « Si le mari, » bien que soldat » dit une constitution de Dioclétien et Maximien, « a, étant sous la puissance de son père, procréé un fils » en justes noces, il n'est pas douteux que ce fils ne soit en la » puissance de son aïeul (2). » Et Justinien, aux Institutes, dit également que le service militaire ne libère pas de la puissance paternelle (3).

Nous devons croire cependant qu'à une certaine époque la question avait dû être controversée, car l'empereur Alexandre avait cru devoir se prononcer sur ce point, dans une constitution que nous trouvons au Code (4) « *Erat qui tibi persuasit quod nexu paternæ potestatis jure sacramenti solutus es. Manent enim nihilominus milites in potestate parentum.* »

Il ne saurait donc y avoir de doutes à ce sujet.

Justinien décida que les Patrices (5), ces descendants présumés des premiers patriciens, qui passaient avant les préfets du prétoire, et auxquels appartenait, comme aux princes, le pouvoir de faire des édits (6), seraient *sui juris*.

Puis successivement il étendit cette immunité aux consuls, aux consulaires, aux préfets du prétoire et aux préfets de la ville; aux *magistri militum* et aux *patroni fisci*. Avant eux les évêques avaient été mis en possession du même privilège (7).

(1) Gaius, *Comm.* 3, 114.

(2) Code, 8, 48, 7.

(3) Inst., 1, 12, § 4.

(4) Code, 2, 37, 3.

(5) Code, 12, 3, 5.

(6) Heinzeus, I, XII, XV.

(7) Nov. LXXXI.

Mais à cette époque, on pouvait, sans soulever d'orages, enlever quelques parcelles à l'autorité du père. Cette autorité avait comme toutes les autres perdu son prestige.

Les enfants n'avaient plus autant à souffrir des violences de leurs pères, parce que les lois les protégeaient ; mais ils ne trouvaient plus dans leur famille cet appui moral que les pouvoirs publics étaient impuissants à remplacer.

Les abus de toute sorte avaient à tel point détruit tout ce qu'il pouvait y avoir d'avantageux pour l'enfant dans cette puissance, que, peu à peu, on en diminuait toutes les prérogatives.

Nous avons vu déjà de quelle manière on en vint à établir un contrôle sévère sur la manière d'agir du père de famille ; dans d'autres cas où il avait oublié d'une manière plus odieuse encore tous ses devoirs, on lui retirait à titre de peine sa puissance entière.

C'est ainsi que le père qui avait prostitué sa fille se voyait enlever tous ses droits sur elle (1), et Justinien, après avoir énoncé les peines auxquelles seraient condamnés ceux qui auraient contracté des unions incestueuses, décidait que ceux-là deviendraient *sui juris* dont le père aurait subi la peine des incestueux. Ils recueillaient sa succession, à charge seulement de le nourrir et de lui donner les choses nécessaires à la vie (2).

Le législateur était contraint de restreindre de plus en plus les bornes dans lesquelles devait se renfermer la *patria potestas* que les premiers chefs de famille de Rome avaient exercée avec tant d'honneur.

Mais cette intervention de l'Etat dans les affaires intérieures du foyer domestique, en détruisant certains abus, ne faisait pas disparaître les plus grands, et ne devait pas sauver la société de sa ruine, dont la déchéance du chef de famille devait être le premier prélude.

(1) Code, 11, 40, 6.

(2) Nov., 12, c. 2.

CHAPITRE V

APPENDICE

L'ÉPOUSE ET LA MÈRE

Malgré la place effacée que la législation romaine avait faite à l'épouse au foyer domestique, elle n'était pas tellement annihilée qu'on ne puisse retrouver aucune trace de son influence dans la famille.

A ce titre nous ne saurions passer complètement sous silence les droits qui pouvaient lui appartenir, sinon légalement, du moins en fait.

De plus, la puissance que son mari possédait sur elle, tout en ayant des caractères bien distincts de ceux de la puissance paternelle, avait avec elle de tels points de contact, qu'il est impossible de ne pas parler de l'une à l'occasion de l'autre.

Nous examinerons d'abord les rapports qui existaient entre la puissance maritale, la *manus*, et la puissance paternelle. Nous verrons ensuite que, dans la société romaine, la femme, malgré sa dépendance vis-à-vis de son mari, était entourée de respect et de considération, et que, bien souvent, elle demeurait seule chargée de la direction de ses enfants pendant leurs premières années.

Après quoi il ne nous restera plus qu'à constater la décadence

de la famille romaine et son effondrement au milieu de la corruption générale.

40. — *La manus comparée à la patria potestas.* — L'épouse, dans les sociétés païennes, a toujours été reléguée à un rang inférieur dont le Christianisme seul devait la retirer. Quand elle n'était pas une esclave soumise exclusivement au caprice de celui auquel elle était unie par un lien qu'il pouvait briser par la seule expression de sa volonté, elle était, aux yeux de la loi du moins, dans une dépendance qui différait seulement par le nom de celle dans laquelle elle se trouvait dans la maison de son père. En effet lorsque le mariage avait été accompagné de la *manus*, son mari avait sur elle les mêmes droits qu'un père sur ses enfants (1), sans en excepter le droit de vie et de mort (2), et même dans le mariage sans *manus*, alors par conséquent que le père gardait sa fille sous sa puissance, le mari ne laissait pas d'avoir sur elle une autorité assez étendue. Il résultait de ce concours de deux pouvoirs rivaux, des conflits que le conseil de famille dont nous avons déjà parlé pouvait être appelé à juger. (3).

Qu'était-ce que cette puissance que nous voyons au temps de la grandeur de Rome établie auprès du mariage, mais gardant une existence distincte de celle du mariage lui-même ?

C'était la continuation sur la femme de la *patria potestas* qui passait aux mains du mari lorsque le père de famille avait consenti à s'en dépouiller en sa faveur. La femme romaine ne devait être abandonnée à elle-même à aucun moment de son existence. Il fallait qu'elle obéît toujours à une autorité, qui résidait parfois dans des mains différentes, mais qui demeurait toujours très étendue.

Tant que le père vivait, il conservait ses pouvoirs, à moins qu'il ne les eût volontairement abandonnés au mari; lorsqu'il était mort, les agnats prenaient en main une partie de sa puissance.

Tout ceci devait s'évanouir plus tard à l'époque où la femme,

(1) Gaius. *Comm.* 1, 111 et 136.

(2) Denys d'Halic. II. 25. — Aul. Gel. II. 25. — Egnatius Metellus met à mort son épouse qui s'était enivrée et le peuple lui adresse des louanges, (Val. Max. *Memorab.* VI. 3. 9.)

(3) Gide, *De la cond. des femmes*, p. 130.

devenue indépendante, tomba dans un abaissement et une dégradation dont les auteurs nous ont conservé le souvenir.

La *manus* fut-elle toujours distincte et indépendante du mariage? Une opinion qui semble basée sur de graves présomptions soutient la négative et dit qu'à l'origine, il ne devait pas plus exister de justes noces sans *manus* que de *manus* sans justes noces.

Voici quel est le raisonnement sur lequel se base cette interprétation (1).

Les formes originaires du mariage que l'on retrouve chez tous les peuples anciens sont celles que nous voyons justement établies à Rome pour la constitution de la *manus*, il est donc naturel de penser qu'elle se confondait avec lui.

Nous savons qu'à l'origine, l'épouse *in manu* portait seule le nom de *materfamiliās* (2). Or, la formule de l'adrogation semble désigner la *materfamiliās* comme la seule épouse légitime, puisque le père ne peut posséder la *patria potestas* que sur les enfants qu'elle lui a donnés (3).

L'*uxor* n'est qu'un hôte de passage au foyer conjugal ; seule, l'épouse *in manu* est unie à son mari par des liens indissolubles.

On pourrait trouver aussi une preuve de la connexité qui devait exister entre la *manus* et le mariage légitime dans la participation de la seule épouse *in manu* aux sacrifices domestiques du mari. Sans la *manus* elle reste attachée au foyer paternel, aux dieux duquel elle continue à sacrifier. Elle n'est pas l'agnate de son mari ; c'est seulement une concubine d'un rang supérieur. D'un seul acte de sa volonté son père peut rompre son union.

Mais nous ne pouvons nous arrêter trop longtemps sur une question qui n'est pas la nôtre et qui, du reste, n'a qu'un intérêt historique, puisque nous savons que, dès l'époque des XII Tables, il pouvait exister des unions légitimes, des justes noces, sans *manus*, et que les enfants étaient sous la puissance de leur père, alors même qu'ils étaient nés d'une simple *uxor*.

Quels étaient les modes de constitution de la *Manus* ? Ils étaient au nombre de trois : la confarréation, la coemption et l'usage.

(1) Esmein. *La manus en droit romain*.

(2) Cic. III. 14.

(3) Aul. Gel. *N. att.*, v. 19.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'ordre dans lequel on doit les placer au point de vue historique.

Les uns disent que la confarréation est le mode le plus ancien, le seul même qui existât à l'origine (1). Ce sont ceux qui professent l'opinion que les justes noces ne pouvaient pas exister sans *manus*. Et poussant jusqu'à ses dernières limites les conséquences de leur système, ils disent : la *manus* et les *justæ nuptiæ* étaient inséparables ; or, la *manus* ne pouvant s'établir que par la confarréation, les patriciens auxquels seuls il était permis d'en accomplir les cérémonies, pouvaient seuls également contracter l'union légitime, seuls par conséquent avoir la *patria potestas* sur leurs enfants (2).

Ils trouvent un appui dans cette phrase de Tite-Live qu'ils prennent à la lettre : le Patricien est celui qui peut nommer son père, *qui patrem ciere potest* (3).

Et, en effet, si l'on admet que la paternité légitime était seule reconnue par la loi romaine (4), le plébéien n'aurait pas pu nommer son père, puisqu'il n'aurait pas eu de *pater certus*.

Dans ce système la coemption n'aurait été que la forme primitive du mariage des plébéiens (5) et ce ne serait que dans la suite qu'elle aurait pu servir de mode de constitution de la *manus*.

Enfin l'*usus* n'aurait été qu'une application de l'usucapion et aurait servi soit à valider les unions dans lesquelles les cérémonies de la confarréation ou de la coemption n'auraient pas été régulièrement accomplies, soit à donner le caractère d'unions légitimes à celles qui auraient été contractées sans l'une ou l'autre de ces deux formes solennelles (6).

Dans une autre opinion on se fonde sur le caractère barbare de l'usucapion appliquée à la constitution du mariage, pour dire que ce dut être là le mode primitif d'établissement de la *manus*,

(1) Fustel de Coulanges. *Cité ant.*, p. 375.

(2) On pourrait rattacher ce système à celui que nous avons exposé plus haut et qui n'accorde, à l'origine, le *jus civitatis*, qu'aux seuls patriciens. V. *supra* n° 4.

(3) *Disc. de Decius Mus*, X, 8, 10.

(4) Gide. *De la condition de l'enf. nat.*, p. 34.

(5) Fustel de Coulanges, *Cité ant.*, p. 375.

(6) Karlowa. *Formen der römischen Ehe und manus*, p. 65.

la coemption n'ayant été inventée ensuite que pour éviter le stage d'une année. Mais la première opinion est plus plausible. L'*usage* fut, en effet, une forme du mariage lui-même en ce sens que si une femme avait vécu pendant une année avec un homme, elle était considérée comme épouse légitime : « *Tribus modis* » *apud veteres nuptiæ fiebant; usu, si verbi gratiâ mulier* » *anno uno cum viro, licet sine legibus fuisset...* (1) »

Il est naturel de penser qu'il en fut ainsi de la *manus*, la *justa causa* de l'usucapion étant, ici, la présomption que les cérémonies constitutives de la *manus* avaient été effectivement accomplies.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, de ces trois modes, l'*usus* disparut le premier et que, dans le dernier état du droit, il ne restait plus de traces du pouvoir du mari sur sa femme.

Nous examinerons brièvement chacun de ces actes constitutifs de la *manus*.

1^o CONFARRÉATION. — Elle remontait, dit-on, à Romulus (2). Les rites qui l'accompagnaient et qui devaient être célébrés au moment du mariage, se divisaient en deux parties bien distinctes : On offrait d'abord un sacrifice dans lequel figurait un pain de froment et ensuite on accomplissait certaines cérémonies accompagnées de paroles solennelles en présence de dix témoins citoyens romains (3).

Son but était en premier lieu de faire tomber l'épouse *in manus mariti*; puis de donner aux enfants qui devaient naître de cette union le droit d'aspirer aux fonctions sacerdotales.

Ces cérémonies compliquées, coûteuses, à cause des sacrifices dont elles étaient forcément accompagnées, firent négliger la confarréation qui, plus tard, fut abandonnée par les époux pour lesquels elle était un obstacle aux divorces faciles. Car les liens qu'elle établissait ne pouvaient être brisés que par une cérémonie pleine de rites lugubres (4), appelée *diffaréation*, cérémonie dans laquelle les pontifes prononçaient des paroles « d'un caractère étrange, sévère, haineux, effrayant (5). »

(1) Servius, *in Georg.*, 1, 31.

(2) Heineccius, t. X, 2.

(3) Gaius, I, 112.

(4) Heinecc., t. X, 8.

(5) Plutarque, *Quest. rom.* 50.

Du temps de Cicéron, il est probable que la confarréation commençait à être bien abandonnée, puisqu'il ne cite comme modes d'acquisition de la *manus* que la coemption et l'usage (1); et sous Tibère on ne put trouver pour remplir les fonctions de Flamines de Jupiter, plus de trois candidats remplissant les conditions exigées, c'est-à-dire, nés de parents unis par le mariage contracté *farreo* (2).

II. COEMPTIO. — C'était encore une application du mode de transférer la propriété, que nous avons vu employer déjà pour fonder et pour détruire la puissance paternelle.

La coemption n'était pas autre chose en effet qu'une mancipation dans laquelle le mari était l'acheteur, *coemptionator*; en présence des témoins et du *libripens*, il achetait son épouse, *more Quiritium*, c'est-à-dire *per aes et libram*, en employant les paroles et en accomplissant les cérémonies consacrées.

Il y avait toutefois une différence entre cette mancipation et celle du *filiusfamilias*. La femme figurait ici comme partie contractante (3), assistée de son mari, si elle était fille de famille (4), de son tuteur si elle était *sui juris* (5).

Le consentement du père était nécessaire parce qu'il perdait ses droits de puissance sur sa fille qui passait sous celle de son mari; et l'on exigeait aussi l'autorisation du tuteur légitime, parce que, la femme changeant d'agnation, tous ses biens étaient perdus pour sa propre famille.

III. L'usage enfin, comme nous l'avons vu déjà, n'était pas autre chose que l'usucapion des choses mobilières appliquée à la femme qui pour l'interrompre et échapper ainsi à la puissance maritale, devait pendant trois nuits consécutives quitter le domicile conjugal; et cela chaque année puisque c'était la possession annale qui faisait acquérir la propriété (6).

Gaius nous apprend que ce mode d'acquisition de la *manus* avait à peu près disparu à son époque; « *partim legibus sublatum*, » dit-il « *partim desuetudine oblitteratum* » (7).

(1) Cic., *pro Flacco*, 34.

(2) Tacite, *ann.*, IV, 16.

(3) Gaius, *comm.*, I, 114.

(4) *Coll. leg. mos. et rom.* IV, 2, 3.

(5) Cic., *pro Flacco*, 34, 85.

(6) Gaius. *comm.* I, 111.

(7) *Comm.* I, 111.

Nous ne pouvions que jeter un coup d'œil rapide sur cette puissance, qui appartenait au seul citoyen romain. Il serait trop long de la suivre dans tous ses développements et il nous suffisait du reste de faire remarquer l'analogie qui existait entre elle et la puissance paternelle, *filiae locum obtinebat* (mulier).

Cette assimilation de l'épouse à la fille de famille était telle que le mari ne pouvait exercer sa puissance qu'autant qu'il était *sui juris*. Tant que le chef de famille était vivant, le *filiusfamilias* pouvait acquérir la *manus* sur son épouse, mais les pouvoirs qui en découlaient étaient aux mains du *paterfamilias*; et la femme, tout en étant *loco filiae* vis-à-vis de son mari, était vis-à-vis de son beau-père *loco neptis*, soumise par conséquent à sa *patria potestas* comme les autres petites-filles.

41. — *Condition de la mère de famille dans la société et vis-à-vis de ses enfants.* — Nous avons montré l'épouse *in manu* soumise, au foyer domestique, à la même puissance que ses enfants dont, aux yeux de la loi du moins, elle était en quelque sorte la sœur.

Cela veut-il dire que son influence dans la société fût entièrement nulle? Assurément non; sa personnalité civile s'absorbait dans celle de son mari; mais s'il n'y avait pas de place pour elle dans la vie publique; si l'Etat se désintéressait d'une manière absolue de tout ce qui concernait ses rapports entre son mari et elle, il n'en est pas moins vrai qu'elle exerçait souvent sur son chef un ascendant, dont l'influence se faisait sentir même dans les affaires publiques. Ne vit-on pas une révolution qui devait amener une modification fondamentale dans la Constitution romaine, s'accomplir parce qu'une femme, blessée dans sa vanité, sut exercer assez d'influence sur son père et sur son mari pour les déterminer à engager contre les patriciens une lutte qui devait durer plus de dix années et aboutir enfin à un triomphe complet? A partir de cette époque (an de Rome 388), un des consuls fut toujours pris dans les rangs du peuple (1).

C'est à l'influence de Livie que Cinna dut le pardon qu'Auguste lui accorda, suivant en cela des conseils dont il remercia ensuite son épouse, *uxori gratias agit* (2).

(1) Tite-Live, VI, 34.

(2) Sen., *de clem.*, I, 9.

Sans doute cet ascendant ne s'exerça pas toujours pour le bien général. L'abjection de la femme romaine ne peut laisser aucun doute à cet égard, et ce n'était pas pour signaler une influence salubre que Marcus Caton disait : « Nous commandons à tous » les hommes, mais nos femmes nous commandent » (3).

Mais aux premiers siècles de Rome, quelle dignité gardait la mère de famille, quel respect l'entourait, malgré la place effacée que les lois lui avaient faite ? « La femme n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la mère de famille, » vénérée des enfants, des esclaves, des clients ; respectée de son » mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison et au dehors ; » étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires » et des conseils du Sénat. Les Romains n'avaient pas relégué » la femme dans la solitude et le silence du gynécée. Ils l'admet- » taient dans leurs théâtres, à leurs fêtes, à leurs repas ; partout » une place d'honneur lui était réservée. Chacun lui cédait le » pas. Le consul et les licteurs se rangeaient à son passage. Au » reste, on la rencontrait rarement sur la place publique ou dans » les réunions populaires. Aussi sédentaire par vertu que la » femme grecque l'était par contrainte, sa place était près du » foyer domestique dans l'Atrium. L'Atrium n'était point comme » le Gynécée, un appartement reculé à un étage supérieur de la » maison, une retraite cachée et inaccessible. C'était le centre » même de l'habitation romaine, la salle commune où on réunis- » sait la famille, où étaient reçus les amis et les étrangers. C'est » là, près du foyer, que s'élevait l'autel des dieux lares et, au- » tour de ce sanctuaire était réuni tout ce que la famille avait » de précieux ou de sacré ; le lit nuptial, les images des ancêtres, » les toiles et les fuseaux de la mère de famille ; le coffre où » étaient serrés les registres domestiques et l'argent de la mai- » son. C'est sous la garde de la femme qu'étaient placés tous ces » trésors. Elle offrait, comme le chef de la famille lui-même, les » sacrifices aux dieux lares ; elle présidait aux travaux intérieurs » des esclaves, elle dirigeait l'éducation des enfants, qui, jusque » dans l'adolescence, restaient soumis longtemps encore à sa sur- » veillance et à son autorité. Enfin, elle partageait avec le mari l'ad- » ministration du patrimoine et le gouvernement de la maison » (1).

(3) Plutarque, *Vie de M. Caton*.

(4) Gide. *De la Condition des femmes*, p. 108, 109, 110.

N'y a-t-il pas contradiction entre ce magnifique portrait de la *materfamiliâs* romaine et ce que nous savons de la subjection dans laquelle la loi la plaçait ? Non peut-être si l'on veut considérer cette influence comme existant en fait plutôt qu'en droit.

Le citoyen obligé de passer sa vie soit à la guerre, soit sur la place publique où se traitaient les affaires de l'Etat, avait besoin d'un auxiliaire qui prit soin des enfants et veillât à leur éducation. Il confiait ce rôle à la mère, à laquelle il déléguait, pour qu'elle pût le remplir, une part de son autorité. « *Gremio ac sinu matris educabatur cujus præcipua laus erat tueri domum et inservire liberis* (1). »

« C'est ainsi, » ajoute le même auteur, « que Cornélie, mère des Gracques, qu'Aurélie, mère de César, qu'Atia, mère d'Auguste, présidèrent à l'éducation de leurs enfants et en eurent formé bientôt les premiers hommes de leur siècle. »

Nous devons reconnaître du reste que les lois elles-mêmes, qui donnaient au mari pouvoir absolu sur son épouse, et qui lui laissaient le soin de faire reconnaître dans la maison, la part d'autorité qu'il lui avait déléguée, veillaient à ce que les enfants n'oubliassent pas le respect qu'ils devaient à leur mère. « *Reverentiam debitam exhibere matri filios coget (præses)* » disent les empereurs Valérien et Gallien (2) et Ulpien nous apprend que l'on punissait l'outrage fait à la mère comme celui qui avait été fait au père lui-même : « *Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis inficit, vel impias manus eis infert; præfectus Urbi delictum ad pietatem pertinens pro modo ejus vindicat* (3). »

Mais il vint une époque où la mère de famille abandonna à des mains étrangères l'exercice de ces devoirs, dont l'accomplissement avait fait à l'origine l'honneur des matrones romaines : Et le respect n'environnant plus ce nom, parce qu'il n'était plus synonyme de vertu et d'honneur, l'épouse tomba dans l'avilissement. « Où sont, disait Tertullien, ces mariages heureux que la pureté des mœurs rendait si parfaits, qu'il s'est passé 600 ans sans qu'il soit arrivé de divorce dans aucune famille ? Aujourd'hui, en

(1) Tacite, *de orator.*

(2) Code, 8, 47, 4.

(3) Dig., 37, 15, 1.

» s'épousant, on fait vœu de se répudier et le divorce est comme » un fruit du mariage (1). » Son indépendance proclamée ou du moins résultant des dispositions législatives, ne fit que rendre sa chute plus facile, parce qu'à cette époque, la corruption avait envahi toutes les familles et que rien ne la protégeait plus contre l'enlèvement de ses passions.

Son influence, n'étant plus basée sur la vertu, ne fut pas autre chose que l'effet d'une séduction passagère et ne s'exerça plus, du reste, pour le bien des enfants qui tombèrent dans l'abandon et par là même dans le vice.

La femme n'avait pas au point de vue légal d'autres droits que ce droit au respect que nous venons de signaler. Pendant la vie de son mari, cela n'est pas douteux, et même après son veuvage, ce n'était que dans des cas exceptionnels qu'elle pouvait recevoir du prince, à titre de concession, l'autorisation de gérer la tutelle de ses enfants : « *Femine tutores dari non possunt; quia munus masculorum est; nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent* (2). » Encore ce ne fut que très tard qu'on lui permit de solliciter cette faveur.

42. — *Décadence de la famille romaine.* — Il était nécessaire de considérer l'épouse et la mère pour pouvoir juger de l'ensemble de la famille romaine. Nous avons vu le père, dominant par sa puissance absolue toute la société familiale, sans trouver, dans son épouse, une autorité suffisante pour servir de contre-poids à la sienne.

Mais il nous faut traverser plus de huit siècles depuis la fondation de Rome pour arriver à la décadence de la famille romaine. Lorsque la mère de famille surveillait elle-même l'éducation de ses enfants, jusqu'à l'âge du moins où, revêtant la robe prétexte, ils allaient dans les écoles recevoir les enseignements publics, lorsque le père n'usait de son autorité sans bornes que pour maintenir ceux qui lui étaient soumis, dans les bornes de l'obéissance et du respect, la famille demeura forte et unie sous la domination de son chef.

Mais à mesure que Rome avait grandi, à mesure que ses enne-

(1) *Apolog.* § 6.

(2) *Dig.* 26, 1, 18.

inis disparaissant, ne lui avaient plus laissé de craintes pour son indépendance, les mœurs s'étaient relâchées, et des désordres de tout genre avaient souillé le foyer domestique. Le père qui avait été le plus ferme soutien de l'édifice social, n'avait conservé de la paternité que le nom et en avait oublié au milieu des plus honteux plaisirs et les obligations et les devoirs.

Dans ces familles dégénérées l'enfant n'est plus qu'un obstacle gênant, et l'on emploie tous les moyens pour s'en débarrasser. La dépopulation systématique existe, sinon dans les lois, du moins dans les usages constants. L'enfant est exposé; on le laisse mourir faute de soins, sans se préoccuper même du déshonneur attaché autrefois au nom de celui qui ne laissait pas un héritier continuateur de sa personne. On se contente d'instituer un affranchi ou un esclave et les principes sont saufs.

Quand il échappe à la mort, l'enfant est abandonné à lui-même. Il a été arraché aux châtimens trop cruels d'un père dénaturé, mais nul ne le guide dans la vie et il ne voit dans la maison paternelle que des exemples capables de le faire rougir ou d'enflammer ses passions naissantes.

Le mariage disparaît comme institution, laissant la place à la débauche infâme et stérile. En vain on accumule les lois pour encourager les unions légitimes, pour les rendre presque obligatoires. Les lois sont impuissantes contre un mal qui est dans les mœurs.

L'épouse en cessant d'être la compagne de l'homme pour toute sa vie a perdu son honneur. Son mari ne la retient plus sous sa puissance parce qu'il préfère la répudier quand son caprice le porte vers un autre objet, ou quand ses désordres sont devenus trop scandaleux.

La famille est détruite, et la société ne reposant plus sur sa vraie base, s'écroule de toute part.

Le christianisme en se propageant dans l'Empire et en faisant pénétrer ses doctrines dans toutes les classes de la société, avait essayé de réagir contre ce torrent de corruption, mais il était trop tard. Et lorsque les barbares, attirés par l'appât d'un butin facile, pénétrèrent dans l'Empire, ils ne rencontrèrent qu'une faible résistance. Les Romains étaient prêts pour la servitude.

DEUXIÈME PARTIE



ANCIEN DROIT FRANÇAIS





CHAPITRE I

DROIT BARBARE

43. *La puissance paternelle chez les Celtes.* — En pénétrant dans la Gaule, il nous faut quitter les règles précises et clairement définies de la législation romaine, pour tomber dans les obscurités et les incertitudes des usages barbares.

Mais là encore, au milieu de ces obscurités, un principe incontesté domine, c'est celui de la suprématie du père de famille.

Cette suprématie, nous la retrouvons chez les Celtes qui furent les premiers occupants un peu connus de cette région qui devait devenir la France ; chez les Bretons, ces autres Celtes qui vinrent au ^v^e et au ^{vi}^e siècle rétablir dans l'ouest de la Gaule romaine l'ancienne domination des hommes de leur race ; chez les Germains qui, sous des noms divers, s'établirent dans le reste de la Gaule où après s'être juxtaposés aux Gallo-Romains, ils se confondirent avec eux.

La législation, ou, si l'on veut, les usages de ces divers peuples ont eu sur la formation du droit Français une influence sans doute très inégale.

Le droit des Celtes n'a laissé que des traces insignifiantes (1), étouffé qu'il a été par l'occupation romaine ; mais en Bretagne, il a été ravivé par l'émigration bretonne qui apportait un droit, sinon identique, du moins analogue. Il y a là pour nous un motif spécial de l'étudier.

Quant au droit germanique, en notre matière principalement, son influence a été telle dans le Nord et le Centre de la France

(1) Girard, *Hist. du dr. fr. au moy. âge*. T. I, p. 56 et suiv.

qu'il est évidemment nécessaire de le connaître pour comprendre comment notre puissance paternelle a pu être si différente dans les pays de coutumes et dans les pays de Droit écrit.

Nous allons donc jeter un coup d'œil rapide sur l'organisation de la puissance paternelle, d'abord chez les Celtes primitifs et chez les Bretons, puis chez les Germains.

Nous verrons ensuite quel a été le résultat de la mise en présence de cette organisation avec l'organisation romaine.

L'étude de ces questions forme comme une préface indispensable à l'étude de l'Ancien Droit français.

Chez les Celtes, même en se plaçant à l'époque la plus récente de leur histoire, c'est-à-dire avant la conquête romaine, nous ne trouvons que des notions incomplètes environnées d'obscurités de tout genre. C'est César qui nous a conservé la plus grande partie des usages gaulois, tandis que les mœurs germaines nous ont été transmises par Tacite.

Lors de la conquête romaine, César nous montre la Gaule divisée en trois parties : *Gallia est omnis divisa in partes tres : » Quarum unam incolunt Belgæ, aliam Aquitani, tertiam » qui ipsorum lingua celtæ, nostrâ Galli appellantur »* (1).

Laissant de côté ces distinctions, nous nous occuperons de l'état de la famille seulement chez ceux que César appelle les Gaulois, c'est-à-dire chez les peuples du Centre et de l'Ouest, qui étaient des Celtes presque purs de tout mélange avec les autres peuples voisins.

Le Gaulois avait encore la rudesse des mœurs barbares, mais il avait un sentiment profond de la dignité du père de famille et un grand respect des liens dont cette dignité était l'origine.

Ces liens de parenté s'étendaient à des degrés extrêmement éloignés, jusqu'au XVIII^e degré, dit-on (2), et ils établissaient une telle solidarité entre ceux qu'ils unissaient, qu'on avait défendu aux membres d'une même famille de siéger dans la même assemblée. On redoutait les influences qu'ils auraient pu exercer les uns sur les autres.

Le clan n'était lui-même que la famille par excellence, celle que César appelle *familia*, dont tous les membres descendaient d'un auteur commun et obéissaient à un même chef.

(1) *Comm. de bello gallico*. L. I. § 1.

(2) Beaune, *op. cit.* p. 44.

Mais la famille qui naissait de l'union conjugale avait son existence propre et distincte. Le père en était le chef incontesté. « La puissance absolue du père gaulois avait son origine légitime » dans la tendresse paternelle, sa sanction dans sa force et dans » le caractère religieux que s'attribuait le père de famille. L'ex- » communication qui s'est perpétuée sous le nom de malédiction » paternelle atteste que les pouvoirs religieux étaient concentrés » dans sa main pour conserver l'ordre parmi les membres de la » famille et pour les défendre contre les familles ennemies (1). »

Cette puissance n'est pas moins étendue qu'à Rome. Elle comporte le droit de vie et de mort sur l'épouse et sur les enfants. « *Viri in uxores sicuti in liberos vitæ necisque habent potestatem* (2). »

Nous citerons un texte de M. de Valroger, qui résume d'une manière complète les preuves à l'appui de cette assertion de César.

Après avoir dit que le caractère de l'autorité domestique chez les Germains était essentiellement tutélaire, il ajoute : « La » puissance paternelle paraît au contraire avoir ressemblé en » Gaule à la *patria potestas* des Romains.

» César parle du droit de vie et de mort qui appartient au père » de famille Gaulois. Ce qu'il dit à cet égard, trouve une confirmation dans le livre retrouvé de nos jours, d'un jurisconsulte » romain qui vécut dans la fin du II^e siècle de l'ère chrétienne. » Gaïus, en parlant de la puissance paternelle des Romains, dit » qu'on n'en trouverait l'analogue que chez les Galates. D'où les » Galates tiraient-ils leur *patria potestas*? Ce n'était pas du » milieu grec dans lequel ils étaient établis. Car, l'autorité paternelle n'eut pas ce caractère en Grèce. Leur origine gauloise » donne à penser que c'était une coutume apportée du pays qu'ils » avaient quitté.

» Mais s'il en était ainsi chez les Gaulois, pourquoi Gaïus ne les » a-t-il pas cités, plutôt que les Galates? C'est sans doute parce » que Gaïus vécut et écrivit dans l'Asie Mineure, non loin de la » Galatie, bien connue de lui, tandis qu'il ne connaissait probablement que peu ou point les usages de la Gaule (3). »

(1) M.-P. Bernard, *op. cit.* p. 21.

(2) César, *Comm. de bel. gal.*, VI, 19.

(3) De Valroger. *Les Celtes et la Gaule celtique*, p. 168, 169.

La femme occupe une situation inférieure dans la famille, et l'opinion qui admet que la polygamie existait en Gaule, semble établie sur des bases sérieuses.

En effet, Tacite, en nous disant que les Germains, à l'exception des nobles, n'avaient en général qu'une épouse, ajoute qu'ils sont presque les seuls des peuples barbares à avoir posé cette loi dans leurs mariages (1).

Si les Gaulois l'avaient suivie, aurait-il fait une affirmation de ce genre ? (2).

César parle de la communauté des femmes qui semble avoir été admise chez les Bretons (3). Or, les Gaulois avaient avec eux une origine commune. S'ils ne suivaient pas cet usage monstrueux, il est permis du moins de supposer qu'ils admettaient la pluralité des épouses.

Et le texte de César, dont nous venons de parler, texte que l'on explique de différentes manières, semble confirmer cette opinion. Il y est dit, en effet, que lorsqu'un homme illustre vient à être frappé de mort subite, on met à la question *ses épouses*, lesquelles sont mises à mort, si elles ne peuvent prouver leur innocence (4).

La question, bien qu'obscur, ne paraît donc pas très douteuse (5).

Mais néanmoins les mères de famille gauloises faisaient encore l'admiration des Romains « *Mulieres fecundæ sunt et educatrices bonæ* (6). »

À elles seules sont confiés les enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de porter les armes. Le père les méprise à cause de leur faiblesse et il rougirait de les voir paraître à ses côtés avant le moment où ils peuvent le suivre dans les combats. « *Filium in puerili ætate in publico, in conspectu patris assistere turpe ducunt* (7).

(1) Tacite, *Germ.*, c. 18.

(2) Cfr. Berlier, *précis*, p. 78 et s. — A. Thierry, t. I., p. 471. — Contr. Laferrière, t. II., p. 69.

(3) *Id.* V. 14.

(4) *Comm.* VI, 19.

(5) Cfr. pour les Bretons : Strabon, IV. 5, 4. — Dion, LVII. VI. — LXVI. XIII.

(6) Strabon, IV, 1, 6.

(7) César, VI, 18.

Mais, lorsque l'enfant a atteint les limites de l'adolescence, il passe brusquement du foyer domestique dans l'assemblée des guerriers où on lui remet des armes. Et on les lui confie sans crainte parce qu'on sait que sa mère en a fait un homme digne de les porter et capable de les défendre. Dès lors il a sa place dans les conseils comme dans les combats.

On s'est demandé si cette introduction du fils dans l'ordre des guerriers, à l'âge où il pouvait prendre les armes, n'entraînait pas l'émancipation et ne l'enlevait pas à la juridiction paternelle pour le soumettre au contrôle des pouvoirs publics. Il faut sans doute répondre négativement, car César parle de la puissance du père en Gaule comme d'une institution semblable à celle qui existait à Rome. Cependant on admet généralement que le mariage émancipait (1) et quelques auteurs ont même prétendu que l'émancipation était produite non par le mariage, mais par l'arrivée de l'enfant à un âge déterminé (2).

En tout cas, il est certain que pendant toute son enfance le fils de famille Gaulois était jugé par son père qui le citait devant son tribunal et prononçait sur lui en dernier ressort.

Il est une circonstance toutefois dans laquelle le père de famille abandonnait ses prérogatives, c'est lorsqu'il s'agissait du mariage de sa fille.

Tous ceux qui aspirent à la main de la jeune Gauloise sont réunis dans un festin, et celui à qui elle offre la coupe devient son époux.

C'est par une union ainsi accomplie que fut fondée, dit-on, la colonie phocéenne de Marseille.

« Environ six cents ans avant l'ère chrétienne, une colonie de
» Phocée, ville maritime d'Ionie, cherchant une nouvelle patrie à
» travers les mers, aborda sur les côtes de la Gaule méridionale,
» dans un lieu occupé par les Ségobriges, nation de la race des
» Gaëls. Là régnait un roi que les Latins ont appelés Nannus et à
» qui l'histoire moderne doit restituer celui de Nann, plus conforme
» à la langue celtique.

» Le prince, selon l'usage des Liguriens adopté par les Ség-

(1) Laferrière. *Hist. du droit français*, t. II, page 72.

(2) Kœnigswarter. *Histoire de l'organisation de la famille en France*, page 44.

» briges, donnait ce jour-là un grand repas à la fin duquel sa fille
» devait se choisir un époux. Euxène, chef des émigrants de
» Phocée, fut invité à prendre part au festin, et lorsque le roi
» Nann fit signe à sa fille de désigner son fiancé, la princesse pré-
» senta à l'étranger la coupe nuptiale (1).»

Telles sont les notions incertaines et incomplètes qui nous sont parvenues sur l'état de la famille celtique. Il est difficile d'en faire les bases d'un système quelconque. Cependant le peu que nous savons nous suffira pour marquer les différences qui séparaient les mœurs gauloises des usages germaniques.

Mais avant de passer à l'étude de la famille germaine, sur le modèle de laquelle s'est établie la famille coutumière, nous entrerons chez un peuple de même race que les Gaulois et dont l'origine commune se prouve par la ressemblance des mœurs, de la religion, de la langue et du caractère.

44. — *La puissance paternelle chez les Bretons insulaires.*
— Ce peuple, c'est le peuple Gallois, qui, selon toute apparence, tirait son origine d'une colonie celtique venue de la Gaule (2) et dont une partie devait y retourner au V^e ou VI^e siècle.

Les Gallois ont conservé pendant de longs siècles leurs usages et leur physionomie propre ; aussi, bien que les documents que nous possédons soient relativement récents, on est autorisé à les considérer comme nous faisant connaître leur droit à l'époque de l'émigration en Armorique (3).

Là, comme en Gaule, nous retrouvons les deux familles, celle dont le père est le chef et la grande famille, le *clan* qui comprend tous les parents jusqu'au IX^e degré (4) et à la tête de laquelle est le *pencenedl* entouré de sept anciens, *henadwr*, d'un vengeur *diolwr*, et d'un représentant de la famille, *teisbantyle hardelwr* (5).

La puissance paternelle est absolue (6), mais elle ne se prolonge pas indéfiniment. A 14 ans, l'enfant est conduit par son père au chef

(1) A. Gabourd. *Hist. de France*, Ed. Gaume, 1855, t. I, page 78.

(2) Beaune, *Op. cit.*, p. 33.

(3) Cfr. Loth. *Emig. bretonnes*, p. 104.

(4) Triades de Moëlmud. Myvyr. *Archæology of wales*, p. 927 à 936.

(5) Anc. laws, 547, 1, 9. — 383, 38. — Cfr. J. Loth. *Emig. bret.*, p. 103.

(6) Anc. laws, 98, 5. — 99, 2. — 586, 31. — 594, 5.

à qui il fait hommage. Dès lors, il est émancipé, et son père ne garde plus de droits sur lui (1). A ce moment, il peut réclamer de la terre et il fonde à son tour une famille (2).

Le mari possède sur son épouse les mêmes droits que sur ses enfants. Il peut la battre, si elle l'injurie, si elle vend tout sans sa permission, s'il la surprend en adultère. Mais on lui défend de la frapper « sur la tête, et avec un bâton plus gros que le doigt du » milieu (3). »

Ici c'est le père qui cède sa jeune fille à l'époux en présence des invités, ce n'est plus elle qui se décide d'après son libre choix (4).

Bien que le mariage légitime soit le plus en honneur, l'enfant naturel a les mêmes droits que l'enfant légitime, à la condition, toutefois, qu'il ait été reconnu (5).

Quand l'enfant est orphelin, il n'est pas abandonné, le chef du clan *pencenedl* est son protecteur naturel, le père de tous les abandonnés du clan (6). Cette idée, nous le verrons, a subsisté en Angleterre.

45. - *Le mundium paternel chez les Germains.*— Ici la puissance du chef de famille change de caractère. L'idée de protection remplace l'idée d'autorité qu'elle repousse au second rang. L'expression du pouvoir paternel est le *mundium*, pouvoir essentiellement protecteur sur lequel est basée la famille et qui revêt trois caractères :

C'est d'abord une autorité spéciale sur la personne et les biens de ceux qui dépendent du père ;

C'est en second lieu une sorte de tutelle qui en conférant certains droits impose aussi des devoirs ;

C'est enfin une responsabilité civile et politique qui donne à l'institution sa véritable physionomie (7).

L'Etat, qui commence à peine à se former, se décharge de cette responsabilité entre les mains du père de famille.

(1) Anc. laws, 98, 8. — 43, 34. — 248, 1. — *Code Vénédotien*, 1, 11, 1, 74.

(2) Anc. laws, 536, 1. — 741, 6.

(3) Anc. laws citées par J. Loth., p. 127.

(4) Anc. laws citées par J. Loth., p. 128.

(5) Girald. *Cambrie topograph.*, c. 9.

(6) Anc. laws, 113, 20.

(7) Le Huérou. *Hist. des institut. caroling.*, 1843, p. 11.

Guerrier avant tout, le Germain n'estime que la force physique et le courage militaire. Mais il puise en même temps, dans ce sentiment de sa puissance, des idées de protection vis-à-vis des êtres faibles qui l'entourent (1). Il veille à leur défense jusqu'au jour où ils sont en état de se défendre eux-mêmes. A partir de ce jour, ils sont libres et nul n'entravera plus leur liberté.

Ce n'est pas à dire pour cela qu'ils se séparent de celui qui a veillé sur leur berceau ; ils restent groupés autour du chef de famille, mais ils ne lui reconnaissent pas de droits sur eux.

Contrairement à ce qui se rencontre chez les barbares, la femme est respectée ; on la consulte dans les circonstances solennelles. Ces hommes, si fiers de leur force, subissent d'une manière inconsciente l'influence de leurs épouses ; et ce pouvoir mystérieux qu'elles exercent sur eux, pouvoir qu'ils ressentent sans l'expliquer, leur semble avoir une origine surnaturelle. Ils redoutent un sortilège parce qu'ils ne peuvent comprendre qu'un être si faible les subjuge par sa faiblesse même.

Toutefois, malgré ce respect dont on entoure la femme, elle n'occupe dans la société qu'un rang inférieur.

L'enfant est élevé durement et nous retrouvons ici la *susceptio liberorum* que nous avons vue à Rome. « On apporte le nouveau-né aux pieds de son père qui décide de lui en détournant » la tête ou en le prenant dans ses bras. Renié, on l'expose au » pied d'un arbre, au bord d'un fleuve ou d'une caverne. Toutes » les traditions poétiques du Nord rappellent cet usage. Admis » dans la famille, il y reçoit le lait et grandit parmi les esclaves, » soumis comme eux au droit de vie et de mort (2). »

Mais quand il a accompli sa quinzième année, il reçoit des mains de son père le bouclier et la framée, « *scuto frameaque juvenem ornant* » (3), et prend rang parmi les citoyens. Le premier usage qu'il fera de sa liberté sera, le plus souvent, de se ranger sous les ordres d'un chef, afin d'apprendre le métier des armes.

Cette émancipation du fils n'était pas applicable aux filles qui, pendant toute leur vie, demeureraient soumises à une autorité.

(1) Laferrière. *Hist. du dr. franç.*, t. III, p. 154.

(2) Ozanam, *Les Germains*.

(3) Tacite, *De moribus Germanorum*, XIII.

Cette autorité, protectrice, du reste, comme l'autorité paternelle appartenait soit à leur père, soit à leur époux, soit même quelquefois à leur fils aîné après leur veuvage.

Mais toutes ces idées, tous ces principes législatifs sont pour nous encore incertains, et il nous faut arriver à la conquête romaine pour retrouver des bases plus solides sur lesquelles il soit possible d'établir autre chose que des conjectures.

Lors des invasions barbares, nous verrons reparaître les mœurs et les coutumes germanes, mais, sauf en Bretagne, nous ne retrouverons que peu de traces du droit celtique, qui semble avoir disparu d'une manière à peu près absolue devant le droit romain (1).

46. — *Influence de l'occupation romaine et des invasions barbares.* — Nous savons comment était divisée la Gaule au point de vue des nationalités lors de la conquête romaine. Après l'occupation, ces divisions tendirent à disparaître pour faire place à celles qui se sont maintenues jusqu'au siècle dernier.

Les Romains apportaient avec eux leurs lois, leur organisation administrative. Leur but était toujours de faire des pays conquis de nouvelles provinces, constituées sur le modèle de la métropole, avec des concessions plus ou moins favorables, et une participation plus ou moins large des habitants au droit de cité.

C'est ce qui fut fait pour la Gaule. Nous ne connaissons pas la *forma provinciae* qui lui fut donnée par César. Le texte de la Charte à laquelle on donnait ce nom et que l'on promulguait après la conquête d'un pays, ne nous a pas été conservé, et les conjectures que l'on pourrait faire, en se basant sur les actes analogues que nous connaissons, seraient incertaines, parce que des différences souvent fondamentales existaient dans la situation ainsi faite par les Romains vainqueurs aux peuples soumis.

Mais, quoi qu'il en soit, la Gaule ne tarda pas à devenir absolument romaine. Elle fut séduite par la civilisation de ses vainqueurs, par les règles savantes de leur législation, par le charme

(1) C'est l'opinion de Klimrath. *Essais sur l'hist. du droit français*. Pardessus, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, Paris, 1834. — Girard. *Hist. du droit français au moyen-âge*, t. I, p. 56 et s.

même de leur langue. « La langue latine était si supérieure à » l'idiome celtique, et la *Gallia facunda* de Juvénal était si » éprise d'éloquence et de phrases harmonieuses que cette lan- » gue parvint promptement à remplacer le celte dur et indigent, » dans les classes élevées surtout, et de celles-ci passa aux classes » inférieures toujours tentées d'imiter ceux qui les domi- » nent (1). »

Le droit romain se répandit dans le pays tout entier et c'est à peine si l'on pourra retrouver, lors de la chute de la domination romaine, un souvenir des usages antérieurs à la conquête.

Le Code Théodosien est le recueil de droit qui se répandit de la manière la plus complète dans la Gaule. Il y fut introduit vers la fin du V^e siècle, quelques années après sa promulgation. Auparavant, les magistrats appliquaient les lois romaines en se basant soit sur les écrits des jurisconsultes, soit sur les édits que faisaient les gouverneurs lors de leur entrée en charge, à l'exemple des préteurs de Rome.

Ce fut ce droit, reproduit dans le bréviaire d'Alaric, qui fut le droit des Romains après les invasions barbares. Mais les barbares apportaient avec eux d'autres règles.

Une lutte d'influence s'établit entre le droit romain et le droit germanique.

Peu à peu, le bréviaire d'Alaric se répandit dans le Midi ; la loi Salique, la principale des lois barbares, domina dans le Nord, et il commença à se produire entre ces deux régions une scission qui paraît nettement faite à partir du IX^e siècle.

Les pays dans lesquels les Romains s'étaient le plus fortement implantés et qui par leur situation reçurent d'une manière moins directe le choc des invasions barbares, conservèrent les lois romaines en les modifiant parfois, mais dans de faibles limites. Les autres perdirent d'une manière à peu près complète leur physiologie romaine et adoptèrent tous les usages et les coutumes germaniques.

Les divers peuples qui s'établirent à cette époque en Gaule étaient les Visigoths, qui en occupèrent le Sud-Ouest ; les Burgondes, restés maîtres des rives du Rhône dans toute la province qui a conservé le nom de Bourgogne, et enfin les Francs qui se

(1) Beaune, *op. cit.*, p. 64 et 65.

fixèrent dans le Centre et le Nord où ils apportèrent les usages et les mœurs germaniques. Ces usages se perpétuèrent en passant en grande partie dans le droit coutumier.

Les principes posés dans ces législations diverses, si l'on peut toutefois donner ce nom aux coutumes barbares, étaient absolument différents de ceux sur lesquels Rome avait basé son droit tout entier. Et ce droit lui-même, malgré sa supériorité juridique, devait subir l'influence des règles germaniques. Cette influence se fit sentir d'une façon très sensible sur le point que nous étudions. La puissance paternelle fut molifiée et adoucie là où domina l'influence germanique. Elle changea de caractère, et bien qu'elle continuât à se prolonger longtemps après l'âge auquel l'enfant devenait libre chez les barbares, les limites dans lesquelles elle dut se renfermer furent restreintes, et l'enfant, à partir d'un âge déterminé, jouit toujours d'une certaine liberté. Hâtons-nous d'ajouter aussi que les idées chrétiennes, dont l'influence avait été paralysée par la corruption romaine, dominaient à cette époque dans toutes les branches du droit et adoucissaient la rudesse des mœurs barbares, en même temps qu'elles effaçaient ce qu'il pouvait y avoir d'excessif dans le droit romain.

47. *L'autorité paternelle chez les barbares après la conquête.* — Nous venons de dire que les lois romaines subsistèrent auprès des lois barbares après la chute de la domination de Rome. Nous ne devons pas perdre de vue, en effet, que toutes les lois barbares étaient personnelles. Les Romains demeurés dans le pays après l'invasion continuèrent à suivre les règles de leur droit et l'interrogation, *quâ lege vivis*, adressée par le juge aux plaideurs, demeura en usage pendant tout le moyen-âge.

Qu'était la puissance paternelle chez les barbares qui occupaient la Gaule ?

C'était une émanation directe des principes germaniques ; le père n'était pas un maître, mais un protecteur et un gardien. *Mundwald, mundoaldus*. Mais ce devoir de protection ne faisait pas disparaître l'idée de puissance. Le père possédait seul le *mundium* ; la mère pouvait avoir, à la mort du père, le droit de garde sur ses enfants, mais ce n'était pas le *mundium* qui appartenait à l'agnat le plus proche. « *Patre mortuo utriusque*

» *sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistant* (1). »
« *Si mater nubere, electa castitate distulerit filii cum omni*
» *facultate in ejus solatio et potestate consistant* (2).

C'est qu'elle-même demeure placée pendant toute sa vie sous la protection de quelqu'un. Le *mundium* de son père ne s'éteint que pour faire place à celui de son mari, et lorsqu'elle est devenue veuve, elle est placée comme ses enfants sous la puissance protectrice du plus proche parent de son mari; quelquefois, ce parent sera son propre fils. Du Cange en rapporte un exemple : « *Ego* » *Helegrina, consensu et voluntate de filio meo Aliperto in* » *cujus mundium ego permaneo.....* (3). »

L'autorité paternelle n'existe que dans le mariage légitime précédé des fiançailles, et qui s'accomplit par le paiement du sou et du denier symboliques devant le Thunginus, ainsi que par la tradition solennelle de la fiancée à son époux (4). Même à l'époque où les unions illégitimes sont nombreuses, les bâtards restent dans une situation inférieure et ne sont pas placés sous la puissance de leur père. La légitimation leur donne une place au foyer et fait naître des droits sur eux au profit de leur père, mais, au point de vue des successions, elle ne les assimile pas aux enfants légitimes. Elle s'accomplit au moyen de cérémonies symboliques : Le père prend l'enfant qu'il veut légitimer sur ses genoux, le place sous son manteau, ou chausse avec lui le même soulier (5). L'adoption confère aussi la puissance paternelle et peut faire entrer des membres nouveaux dans la famille (6). « *Mihi placuit ut* » *illum cum consensu patris sui in civitate illa cum curia* » *publica de potestate patris naturalis discedentem et in po-* » *testatem meam venientem in loco filii adoptassem* (7).

En résumé, le père, chef incontesté, *Karl, Ceori*, juge et pontife, peut avoir sous son *mundium*, son épouse, ses enfants légitimes, légitimés et adoptifs pendant leur minorité; ses parents mineurs et orphelins, les parentes non mariées, et enfin son vieux

(1) *Lex Visigoth.* L. III, t. I, § 7.

(2) *Lex Burgund.* t. 59 et 83.

(3) Du Cange, v. *Mundoaldus*.

(4) Dom Bouquet, t. II, p. 399.

(5) Michelet, *Origines du droit français*, p. 10.

(6) Formules de Marculfe, XIII, 2.

(7) Formules de Sirmond, XXIII.

père devenu trop faible pour se défendre lui-même et qui, après avoir été longtemps protecteur, a besoin d'être protégé à son tour.

Quels droits comprenait le *mundium* paternel ? Il n'y avait point de loi pour en restreindre ou en limiter l'étendue, et c'est grâce au courant d'idées qui prédominait chez les peuples d'origine germanique que le pouvoir du père s'exerça d'une manière moins absolue. « Ces peuples, quoique qualifiés de barbares, n'exercèrent » la souveraineté domestique sur les enfants que dans l'intérêt » de ceux-ci et conformément au vœu de la nature et de la raison ». (1)

Le respect du père n'en était pas moins profondément gravé dans les cœurs, et les législateurs le considéraient comme un des principes que l'on devait affirmer avec le plus de force. « *Hoc cum magno studio admonendum est ut filii honorent parentes suos quia ipse Dominus dicit : honora patrem tuum et matrem tuam ut sis longævus super terram quam Dominus dabit tibi* (2) ».

Et l'on punissait de mort celui qui avait frappé ou injurié son père ou sa mère.

« *Qui percusserit patrem aut matrem morte moriatur. Qui maledixerit patri aut matri morte moriatur* (3) ».

L'influence des idées chrétiennes qui devaient transformer le droit et poser les bases de la civilisation en France, se retrouve encore ici. Si l'autorité du père de famille a changé de caractère, elle n'en est pas moins reconnue et sanctionnée par les lois.

Le droit de vie ou de mort n'existe plus, mais on retrouve jusque sous les premiers Carlovingiens le droit de vendre les enfants (4) ; ce droit ne disparaît que vers la fin du IX^e siècle (5).

Dans le mariage le père a seul le droit de garde, mais quand l'union est illégitime, la mère possède également des droits sur l'enfant qui suit sa condition et est placé sous sa surveillance. La tutelle perpétuelle à laquelle elle se trouve elle-même soumise la prive seulement de l'exercice du *mundium*.

(1) M. P. Bernard, *op. cit.*, p. 45.

(2) *Capitul.*, 65. — Lib. I^{er}. — Balaze, t. I^{er}, p. 713.

(3) *Capitul.*, 65. — L. I^{er}, titre I^{er}. — L. VI. Titre V et IX.

(4) *Capitul.* Lib. VI, ch. IV. — *Edit de Pistes, Charles le Chauve.* Pertz, t. III, p. 491.

(5) *Capitul.* de 864.

Dans le mariage légitime même, quand le mari est mort, elle peut hériter de ses droits de garde. La loi des Visigoths (1) et celle des Burgondes (2) lui accordent personnellement cette faveur ; bien plus, cette dernière décidait que la tutelle ne pourrait être confiée à un parent qu'autant que la mère aurait refusé de s'en charger après la mort de son mari. Mais on a prétendu que ce n'étaient là que des dispositions isolées qui ne découlaient pas des usages germaniques, parce que dans la Scandinavie (3), dans la Saxe et dans la Souabe (4), on lui déniait formellement tout droit de ce genre.

Nul mariage n'est valable si ceux qui ont le *mundium* sur la jeune fille n'y ont pas consenti. « Il n'y a point de mariage, » dit Benedictus Levita, « si la femme n'a point été obtenue par le » mari des personnes qui l'ont en leur puissance, car c'est le » seul moyen d'être agréable au Seigneur et de procréer des en- » fants légitimes (5). »

Mais les pouvoirs du père, relativement au mariage de ses enfants, ne se bornent pas à ce simple droit d'autorisation, il pouvait contraindre sa fille à se marier, même contre son gré, pourvu que ce fût à un homme libre. « *Si quis filiam suam aut sororem alii sponsare voluerit habeat potestatem dundi cui voluerit, libero tamen homini* (6). » Chez les barbares qui s'étaient établis en Italie, on accordait ce droit même au frère aîné, *mainbour* de sa sœur (7). Charlemagne et, avant lui, Clotaire, agirent contre cette contrainte imposée à la jeune fille. Le consentement du père ou des autres *mainbours* s'explique par ce fait que le mariage germanique consistait surtout dans le transfert du *mundium* au mari. Ce transfert se faisait au moyen d'une vente, réelle à l'origine, fictive ensuite. Clovis acquit le *mundium* sur Clotilde, sa fiancée, par le paiement d'un sol et d'un denier. C'était le prix fixé par la loi salique (8).

(1) III, 17, 4.

(2) T. 59 et 85.

(3) Lois de Valdemar, Liv. I, art. 28 et 29.

(4) Die Vormundschaft Krantz, t. II, p. 671 et 672.

(5) Capitul., de 757, ch. IV.

(6) Cité par M. P. Bernard, *op. cit.*, p. 76.

(7) Leges Rotharis, 66, 181, 199. — Leges Luitprandi, L. VII, ch. 1.

(8) Frédégaire, *ad Greg. Turon. Epitome*, ch. XVIII, ap. D. Bouquet, t. II, p. 399.

Le *mundium* ne différait pas beaucoup de celui du père sur ses enfants, c'était quelque chose comme la *manus* romaine, mais basée et établie sur les principes germaniques.

La puissance paternelle n'était que temporaire chez les Francs comme chez les autres barbares. Le fils majeur était émancipé; or, sa majorité commençait le jour où il était en état de se défendre lui-même (1). A l'origine, on prenait cela à la lettre et, en Irlande, l'enfant était majeur quand il pouvait porter le bouclier et tendre l'arc.

« Les aigles, disait Théodoric, « cessent de donner la nourriture à leurs petits sitôt que leurs plumes et leurs ongles sont » formés. Il serait indigne que nos jeunes gens, qui sont dans » nos armées, fussent censés d'un âge trop faible pour régir leurs » biens et pour régler la conduite de leur vie. C'est la force qui » fait la majorité chez les Goths » (2).

Plus tard on fixa un âge qui ne fut pas le même chez tous les peuples. Chez les Visigoths, les Burgondes et les Ripuaires (3), l'enfant était majeur à 15 ans; avant cet âge il ne pouvait paraître en justice (4), et on n'exigeait pas de lui la composition dont le paiement était obligatoire, en cas de crime ou de délit. C'était le père qui la payait pour lui. Chez les Saliens, c'était probablement à 12 ans, bien que la loi salique soit muette sur ce point; Childebert avait quinze ans quand son oncle Gontran, roi d'Austrasie, le présente à l'armée en disant : « Regardez, ô hommes! voici mon » fils Childebert; il est devenu un homme aussi et ne le traitez » plus désormais en enfant (5). » C'était, en effet, à cet âge que l'on coupait les cheveux au jeune Salien et qu'il prenait rang parmi les guerriers.

Le mariage éteignait aussi le *mundium*, sur les fils du moins, puisque, pour les filles, il le faisait seulement passer en d'autres mains.

Telle était la puissance paternelle chez les barbares qui fondèrent la société nouvelle sur les ruines du monde romain.

(1) Gragas, L. XX. — Tacite, *German.* XIII.

(2) Cassiodore, *Var.*, L. I. Edit. de Venise, 1729, t. I, p. 17.

(3) *Loi des Visigoths*, IV, 3, 1. — *Lex Burgund.* 87, 1. — *Lex Ripuar.* 81.

(4) *Lex Burg.*, t. 83.

(5) *Gregor. Turon.* VII, 33.

Ce sont eux qui posèrent les bases du droit coutumier et y introduisirent les idées germaniques.

La protection du père de famille substituée à son pouvoir despotique ; l'association de la mère à la garde des enfants, la famille représentée par son chef, qui est responsable des délits de tous ceux qui lui sont soumis ; la majorité de l'enfant amenant son émancipation : tels sont les principes sur lesquels est basée l'organisation de la société familiale chez les barbares, telles seront aussi les idées qui domineront au moyen-âge dans les pays coutumiers.

CHAPITRE II

DROIT FÉODAL ET COUTUMIER

48. *De la famille à l'époque féodale.* — Nous grouperons sous un même titre le droit féodal et le droit coutumier proprement dit. Il serait très difficile de distinguer l'un de l'autre quant à la puissance du père sur ses enfants.

Le droit féodal n'est pas, en effet, une législation générale qui embrasse toutes les branches du Droit et qui s'applique à toutes les personnes ; et il arrive sans cesse qu'on se voit obligé de demander au droit coutumier la solution de questions qu'il ne peut résoudre lui-même.

La coutume, en effet, s'établit pendant le règne de la féodalité dont on a dit qu'elle est le droit civil. Elle réglemente tout ce qui n'a pas rapport aux fiefs et à ceux qui les détiennent.

« Le droit féodal et le droit coutumier, » dit M. Beaune, « se touchent sans doute par beaucoup de points ; ils se sont pénétrés réciproquement, mais dans leur essence même ils sont » distincts. Le droit féodal est le droit qui a régi la propriété » constituée sur les bases de la féodalité et la condition ainsi que » les rapports des personnes unies entre elles par le lien de suzerain à vassal. Le droit coutumier, au contraire, est le droit » appliqué aux terres, aux choses et aux personnes sur lesquelles n'a pas réfléchi directement l'institution politique de la » féodalité (1).

(1) Beaune, 1^{er} vol. *Introd. à l'étude historique du droit coutumier*, p. 275.

Aux premiers siècles de la période dans laquelle nous entrons, la France est, sous le rapport de son organisation, une sorte de république féodale ; république dont le roi est le chef ; *primus inter pares*, suzerain de tous les suzerains qui détiennent chacun une portion du territoire sous leur puissance.

Chacun de ces petits royaumes a ses usages et ses tribunaux, lesquels consacrent ou établissent les coutumes qui se consolident peu à peu et finissent par former une véritable législation avec ses règles diverses ; et lorsque la féodalité en disparaissant, laissera la place au pouvoir royal, celui-ci n'aura plus qu'à fixer ces coutumes par une rédaction rendue obligatoire, pour établir ainsi un ensemble législatif complet.

Ce travail de rédaction qui eut lieu au XVI^e siècle, mit fin aux variations que subissait le droit coutumier. A partir de cette époque, il n'y eut de changements apportés dans l'ensemble de cette législation que par les Ordonnances royales, et depuis François I^{er}, les règles établies par ces ordonnances s'appliquèrent en général à tout le royaume.

Qu'était la famille à cette époque ? M. Laferrière, dans son livre sur les origines du droit français (1), nous la montre groupée autour de son chef et formant la base la plus solide de la société.

« Avant le XVI^e siècle, nous dit-il, la famille était concentrée, » les alliances se faisaient dans les mêmes familles ou entre personnes voisines des mêmes héritages. »

« L'esprit de famille était un gardien sévère des liens de la » parenté ; il groupait autour du foyer domestique les générations » successives. Pour la famille, sorte de tribu qui avait son chef, » les naissances, les mariages, les décès étaient des événements » qui s'imprimaient dans la mémoire. Le père de famille les enregistrait dans les monuments de sa vie intérieure. »

Nous voyons que si la famille coutumière n'est pas organisée de la même manière que la famille romaine, elle n'en a pas moins sa vie propre et son caractère spécial. Le père n'est plus un chef absolu, mais il est encore respecté et aimé. Les traditions se perpétuent d'autant mieux dans la famille, que la vie y est plus uni-

(1) Laferrière. *Hist. du droit français*, t. I, page 325. Edit. de 1838.

forme. « L'isolement du manoir rapprochait les membres de la famille » et resserrait les liens qui les unissaient. Lorsque le père l'abandonnait pour aller chercher au dehors la guerre et ses aventures, il était entouré de ses fils en âge de porter les armes, et le pouvoir du chef de famille ne pouvait que se fortifier encore au contact de l'autorité du chef militaire. En son absence, la châtelaine consacrait ses jours et sa tendresse à l'éducation de ses jeunes enfants, et l'éminent historien de la civilisation en France a pu lui rendre ce témoignage que dans le pieux accomplissement de ses devoirs de mère, elle avait souvent montré une dignité, un courage et des vertus qui avaient puissamment contribué par la suite au progrès général de sa condition (1). » La liberté la plus entière, la plus complète indépendance, sont laissées au père, dont on ne songe même pas à réglementer les droits, tant ils sont incontestés. Ces droits, ce ne sont plus ceux dont avait abusé d'une façon si odieuse le père de famille romain aux derniers siècles de la décadence; le *mundium* germanique a passé tout entier dans la législation.

Les coutumes, en effet, ne dérivent pas du droit romain qu'elles ont supplanté, et si plus tard on les voit recourir à lui, le plus souvent pour régler des points qu'elles n'ont pas réglés elles-mêmes, ce ne seront là que des modifications apportées après coup à des usages établis et non des réminiscences d'une législation préexistante.

Elles tirent plutôt leur origine des lois barbares auxquelles elles font de nombreux emprunts sans cependant en suivre tous les principes.

Mais le droit canonique devait influencer d'une manière considérable sur la législation. Il ne faut pas perdre de vue que l'Eglise était à cette époque la seule autorité fortement constituée, ayant des principes établis, des lois, une discipline.

Les Capitulaires obligeaient, en cas de contestations, à recourir à l'arbitrage des évêques, et c'étaient les clercs qui étaient chargés de la rédaction des actes publics, contrats de mariage, contrats de vente, etc.

(1) *De la législation sur l'autorité paternelle*, (Discours de rentrée, Cour de Bourges). — A. Chénou, avocat général à la Cour de Bourges, 3 nov. 1869, p. 19.

Si l'on joint à cela que le clergé avait depuis longtemps une instruction supérieure à celle de la plupart de ceux avec qui il vivait, on peut se rendre compte des immenses moyens d'influence qu'il avait en son pouvoir (1).

Il s'en servit pour faire prédominer les idées chrétiennes, tant dans la constitution de la famille que dans les autres branches du droit.

Section 1^{re}. — A qui appartient la puissance paternelle ?

49. — *De l'existence de la puissance paternelle dans notre ancien droit, tant en pays de coutumes qu'en pays de droit écrit.* — La distinction que nous avons vue s'établir entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes, ne fait que s'accroître pendant la période féodale.

Nous n'avons pas à indiquer ici les limites précises qui séparaient les provinces coutumières des provinces de droit écrit ni à faire une énumération des unes et des autres, mais nous ferons remarquer dès à présent que dans le Midi, où l'on suivait les règles romaines, des coutumes locales venaient souvent y apporter des dérogations, même sur des points fondamentaux. Ainsi nous verrons dans le Béarn les enfants devenir majeurs à 12 et 15 ans, alors que d'après le droit romain, en pleine vigueur dans tous les pays voisins, ils n'eussent jamais dû échapper à la puissance de leur père.

Il nous arrivera donc de citer des coutumes, même dans des pays de droit écrit, mais ces coutumes ne régleront jamais que des points de détail.

De même, dans les pays de coutumes, nous rencontrerons à chaque pas des traces de la législation romaine, surtout à partir du XII^e siècle, époque à laquelle l'introduction des travaux législatifs de Justinien suscita la première renaissance.

Dans les pays de droit écrit, nous retrouvons la puissance paternelle non plus constituée sur les bases que lui avaient données

(1) « Au V^e siècle, les docteurs de la Gaule sont presque tous des hommes d'Eglise. » Giraud. *Essai*, t. I, p. 256.

les premiers Romains, mais modifiée sinon dans son essence, du moins dans ses applications.

En principe, elle continue à se prolonger pendant toute la vie du père de famille. Mais à partir de l'âge de 25 ans, l'enfant devenu homme jouit d'une certaine indépendance, relativement à l'administration de ses biens. Sans cela, en règle générale, la puissance paternelle des pays de droit écrit est celle des derniers siècles de Rome, avec les modifications et les adoucissements qu'y avaient apportés les empereurs chrétiens.

Nous ne l'étudierons donc pas dans un chapitre spécial pour ne pas retomber dans ce que nous avons déjà dit en nous occupant du droit romain. Nous citerons seulement, à mesure que nous les rencontrerons, les changements que des usages locaux ou généraux auraient pu y introduire.

Cette puissance paternelle des pays de droit écrit, quelque affaiblie qu'elle fût, était cependant encore plus étendue que celle des pays de coutumes. Mais est-ce à dire que ceux-ci ne l'aient pas connue ? Ce serait une grave erreur de le croire, bien qu'en apparence il soit possible de le supposer, en présence du silence des coutumes qui nulle part n'organisent les droits du père. Elles semblent lui laisser une plus grande liberté d'action, l'initiative la plus complète dans le gouvernement des personnes de sa famille.

C'est ce silence des monuments législatifs qui a fait croire que le droit coutumier n'admettait pas la puissance du père sur ses enfants. En outre, une règle reproduite par Loysel a contribué dans une large mesure, à accréditer cette erreur que tous les ouvrages et tous les auteurs réfutent.

Un de ces auteurs, qui a commenté la Coutume du Boulonnois, dit de la manière la plus formelle : « La puissance paternelle » n'est pas à beaucoup près aussi étendue en pays coutumier » qu'en pays de droit écrit ; *cependant, en pays de coutumes, elle a ses droits comme ses obligations...* (1) »

50. *Suite.* -- De la maxime de Loysel : *Droit de puissance paternelle n'a lieu* (2). — Bien que la question ne puisse pas

(1) *Le Camus d'Honlouve*, t. I, p. 42.

(2) *Des personnes*, Liv. I, t. 1, règle 37.

être douteuse, nous donnerons un résumé des textes que l'on peut citer pour prouver que malgré son apparence affirmative, la règle de Loysel ne veut pas dire ce qu'elle semble exprimer. Elle est ainsi conçue : « Droit de puissance paternelle n'a lieu. »

Il est bien évident que si nous devons la prendre dans son sens littéral, notre travail, en ce qui concerne le droit coutumier, serait terminé avant même d'être commencé.

Mais nous verrons que le plus grand nombre des coutumes signale d'une façon directe ou indirecte sinon l'étendue, du moins l'existence de la puissance paternelle.

Loysel, du reste, n'est pas l'inventeur de la formule qu'il a introduite dans ses règles coutumières.

Avant lui, Accurse, puis Dumoulin dans son commentaire de la Coutume de Paris (1), avaient exprimé la même idée. « *Aliæ vero* » gentes, » disait le premier, « *ut servos tenent filios, ut Sclavi ;* » *aliæ ut prorsus absolutos ut Francigenæ.* » (2)

Nous pourrions citer aussi Bacquet qui, dans son livre des droits de justice (3), semble émettre une opinion analogue, et enfin antérieurement à tous ceux-ci, un vieux commentateur avait signalé le même principe chez les Longobards. « *Jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris* (4). »

Loysel semble avoir puisé la sentence par laquelle on est toujours tenté de caractériser la situation du père de famille au moyen-âge, dans la Coutume de Senlis (5), qui seule, du reste, pose ce principe, tandis que Merlin cite plus de cinquante autres coutumes mentionnant la puissance paternelle.

Loysel a simplement voulu dire que la puissance paternelle romaine, la *patria potestas*, avec toutes les prérogatives qui y étaient attachées, n'était pas reconnue dans le droit coutumier. Il voulait affirmer d'une manière indiscutable que les bases sur lesquelles les coutumes avaient fait reposer les droits du père de famille étaient toutes différentes. C'est l'idée qu'exprimait Alciatus quand, défendant l'opinion d'Accurse, il disait qu'en effet les Français n'étaient pas citoyens romains et ne pouvaient pas par

(1) § 25, n° 13.

(2) Glose sur le titre des institutes *de patria potestate*.

(3) Chap. 21.

(4) Cité par Laboulaye : *De la Condition des femmes*, p. 80.

(5) Art. 221

conséquent jouir des droits qui étaient attachés exclusivement à cette qualité (1).

Nous sommes d'autant plus autorisés à donner une interprétation de ce genre que, même dans les pays de droit écrit où il n'y avait pas d'hésitation possible, la même maxime avait cours. Nous la retrouvons en effet dans un arrêt de 1599, rendu en robes rouges, qui affirmait que la puissance paternelle était abolie même en pays de droit écrit (2). « Le principe germanique, qui » voulait que les deux pouvoirs, marital et paternel, ne fussent » concédés que dans l'intérêt des femmes et des mineurs, a sur- » vécu et absorbé celui qui, à l'instar de la famille romaine, éta- » blissait la puissance du père et de l'épouse dans l'intérêt du » chef de famille. Tel est le sens de la règle de Loysel. » (3)

Quelques coutumes, bien que ne se prononçant en aucune manière dans le sens de celle de Senlis, ne parlaient pas des droits du père, et à cause de cela, on avait voulu dire qu'elles ne les reconnaissaient pas.

Mais cette opinion a été formellement réfutée.

La Bourgogne et l'Auvergne sont les deux provinces à l'occasion desquelles la controverse s'est le plus vivement élevée.

Nous examinerons sommairement les arguments apportés en faveur de l'affirmative par les commentateurs de ces deux coutumes.

Tout d'abord on peut poser en principe qu'à l'origine, la puissance paternelle était formellement reconnue en Bourgogne. Les Burgondes avaient trop emprunté au Droit romain pour qu'on puisse admettre que cette institution, base de la famille à Rome, ait été laissée de côté lorsqu'on s'occupa de fondre les usages bourguignons avec les usages romains.

Cependant au XVII^e siècle, l'avocat général Durand disait, en parlant de la puissance paternelle : « Le Droit romain ne saurait » nous servir de règle, car il est certain que nous ne suivons pas » ses dispositions sur ce point. » Et, dans le commentaire de la coutume, on disait : « Nous n'avons guère qu'un reste et pour » ainsi dire une ombre de la puissance paternelle (4) ».

(1) Lib. 1, *Dispanct*, chap. 22, cité par d'Argentré, art. 498, de la *Cout. de Bretagne*.

(2) Mornac sur la loi 8, du Digeste, 1, 6.

(3) Koenigswarter, *op. cit.*, p. 224.

(4) Rep. de Guyot, p. 419.

En présence de ces affirmations, il semble qu'on ne puisse hésiter à admettre que la législation romaine n'avait pas laissé de traces de sa *patria potestas* en Bourgogne. Cependant le président Bouhier a soutenu le système diamétralement opposé.

On peut sans doute considérer son témoignage comme suspect, parce que, dominé par cette pensée qu'il posait en principe général, que le droit romain était le droit commun de toute la France, il pouvait être conduit à en tirer des conséquences systématiques et par conséquent trop radicales. Mais la Coutume de Bourgogne était la sienne, celle par conséquent qu'il avait étudiée avec le plus de soin, et le raisonnement sur lequel il appuie son opinion semble irréfutable.

La puissance paternelle, dit-il, a existé autrefois dans notre province; car il ne faut pas oublier que pour tous les points qu'elle n'a pas réglementés, la Coutume renvoie aux idées romaines. Aucun texte ne l'a abolie, donc elle est encore en vigueur.

C'était tirer un argument du silence même de la loi; silence dont s'emparaient les adversaires du président Bouhier pour dire à la suite de Loysel : puissance paternelle n'a lieu.

Mais le président Bouhier apportait d'autres preuves plus directes à l'appui de son opinion. Il se fondait d'abord sur ce que la Coutume donnait des droits formels au père sur les biens de ses enfants. Mais son argument principal, qui est très fort, était celui-ci : l'article 52 de la Coutume parle d'un âge auquel les enfants sont émancipés : « Le fils ou la fille étant hors d'âge de » pupillarité, tenant feu et lieu de son chef ou séparément de son » père est émancipé de son dit père. »

Tous les docteurs, dit alors Bouhier, enseignent que la privation suppose une antérieure possession. *Privatio præsupponit habitum.*

L'émancipation prouve donc d'une manière certaine que l'enfant était auparavant en la puissance de son père, sans quoi elle n'aurait pas sa raison d'être.

Il ne semble pas qu'un raisonnement de cette nature puisse être réfuté, et nous verrons, en parlant de l'émancipation, qu'il pouvait être appliqué à un grand nombre de coutumes. Ne pourrions-nous pas encore voir une preuve en faveur de l'influence de la puissance paternelle en Bourgogne, dans ce fait que le fils de famille n'y pouvait être ni maire, ni échevin, ni conseiller juré, ni prud'homme. »

L'article 2 du titre 14 de la Coutume d'Auvergne dit que : « la » fille mariée émancipée par son mariage, ne retourne pas en » puissance de son père après son veuvage, » et l'article 52 du même titre établit une distinction entre les enfants émancipés et les autres ; qu'est-ce à dire sinon que des circonstances ou des faits spéciaux pouvaient mettre l'enfant dans une situation d'indépendance qu'il n'avait pas auparavant ?

Nous avons vu que Dumoulin disait de la Coutume de Paris ce que Loysel devait appliquer plus tard à toutes les coutumes. Le président Bouhier s'élève encore contre cette assertion et dit que même dans la Coutume de Paris on reconnaissait en fait la puissance paternelle. On y avait apporté des restrictions sans doute, mais les restrictions apportées à l'exercice d'un droit ne font qu'affirmer l'existence du droit lui-même.

51. *Suite. — Témoignage des auteurs.* — Si de l'examen des coutumes elles-mêmes, nous passons aux ouvrages que des jurisconsultes et des praticiens avaient composés pour les commenter en réunissant les décisions auxquelles elles avaient donné lieu, nous voyons que par aucun de ces auteurs, l'existence des droits du père n'est mise en doute.

Au grand Coutumier de Charles VI nous lisons : « Un don ou » laiz qui est fait à mon enfant *étant en ma puissance*, vient à » mon profit, au cas toutefois que le don ou laiz ne serait causé » comme de dire : pour apprendre à l'école ou pour le marier... (1) »

Boutillier, dans sa Somme rurale, dit que la puissance paternelle a lieu dans les pays de coutumes comme dans les autres (2). Ceci est catégorique, et cependant ce fut écrit à la fin du XIV^e siècle, à une époque où le droit coutumier était dans son complet épanouissement.

Jean des Mares, cet avocat au Châtelet qui écrivait à la même époque, n'est pas moins explicite. Deux de ses décisions maintiennent expressément le droit de puissance du chef de famille.

« Quand aucun est prisonnier des ennemis du prince, ceux qui » étaient en sa puissance n'y sont plus, jusques à tant qu'il soit » délivré ; ains est réputé mort de sa prinse (3). »

(1) Liv. II, ch. 30.

(2) Liv. I, t. 75.

(3) Dec. 36.

La décision 248 est ainsi conçue : « Quand hon donne à aucun » étant en la puissance d'aucun de ses parents pour certaine » cause, celui en quelle puissance il est n'y a propriété ni usu- » fruit, mais doit être converti en icelle cause. »

La première de ces décisions traite d'une question de *postliminium* ; la seconde demande quelques explications. En retirant au père son droit d'usufruit sur ce qui était légué à son enfant pour une cause déterminée, bien que cet enfant fût en sa puissance, elle prouve que le père avait sur la personne de cet enfant des droits distincts de ceux qu'il pouvait avoir sur ses biens, puisque les uns existaient parfois sans les autres.

Remarquons, du reste, que cette décision ne s'appliquait qu'au cas où la donation était faite par un ascendant. Si elle provenait d'un étranger, le père conservait toujours son usufruit. Et cette exception faite pour un cas déterminé, est une preuve de plus qu'en règle générale, les droits du père étaient intacts.

La preuve de la dépendance du fils vis-à-vis de son père ressort également de trois chartes datant aussi du xiv^e siècle et que cite Merlin (1).

La première émane de Philippe-le-Bel et porte la date de 1304. Son épouse, Jeanne de Champagne, veut faire approuver ses dernières dispositions par son fils âgé de 14 ans. Mais l'autorisation de son père est nécessaire et il la lui donne en ces termes : « *Auctorilatem plenamque et liberam potestatem duximus* » *concedendam ad supplicationem et humilem requisitionem* » *ipsius primogeniti nostri...* »

Nous reviendrons sur les deux autres en étudiant l'émancipation. Il nous suffisait de les citer comme des monuments pouvant servir à établir l'existence d'un pouvoir que la législation ne définissait pas, mais qu'elle reconnaissait et protégeait. Il est permis de s'étonner de cet oubli, surtout quand on songe aux nombreux emprunts faits au droit romain à cette époque, mais on n'y doit pas chercher la négation du droit lui-même.

Du reste, si Loysel a contribué pour une large part à fonder la controverse en paraissant affirmer ce qui n'était pas dans sa pensée, nous pouvons trouver, dans ses ouvrages mêmes, des preuves à l'appui du système que nous défendons. « Les enfants,

(1) *Puis. pat.* Sect. 1, § 3.

dit-il dans sa règle 177, « sont en la vouerie et mainbournie de leur » père et mère... »

Or, si la mainbournie différait de la *patria potestas* romaine en ce qu'elle emportait avec elle plutôt une idée de protection qu'une idée de puissance proprement dite, nous savons néanmoins que dans la plupart des coutumes elle signifiait aussi l'autorité paternelle.

Et quand, dans une autre de ses règles, Loysel dit : « Femmes » franchises sont en la puissance de leurs maris non de leurs » pères, » n'est-ce pas reconnaître que le père avait, avant le mariage, des droits qui appartenaient ensuite au mari ?

Nous terminerons ici une discussion déjà trop longue sur un point qui ne semble plus discutable ; mais avant de voir en quelles mains résidait dans la famille l'exercice du pouvoir paternel, nous examinerons si on en reconnaissait la jouissance à tous ceux qui formaient alors des classes bien distinctes dans la société.

52. — *La puissance paternelle existe tant pour les nobles que pour les roturiers et les serfs.* — C'est à l'occasion des Coutumes du Hainaut qu'il s'est élevé une discussion sur la question de savoir s'il n'y avait pas lieu d'établir, relativement à la jouissance des droits de puissance paternelle, une distinction entre les nobles et les roturiers.

Voici sur quel raisonnement subtil on basait cette discussion. Lorsqu'un homme venait à mourir, laissant des enfants de plusieurs lits, ceux-ci ne pouvaient succéder aux meubles de leur père qu'autant qu'ils étaient encore *en pain* lors de l'ouverture de la succession mobilière.

On avait conclu de cette règle que la part des meubles de communauté que le père ou la mère survivant, donnait à ses enfants, en se remariant, part à laquelle on donnait le nom de *fourmouture*, n'était due qu'à ceux des enfants qui étaient encore *en pain*, c'est-à-dire en puissance, lors du remariage. Cette déduction se faisait tout naturellement, parce que la *fourmouture* n'était pas une part de la succession de l'époux décédé, mais un avancement d'hoirie sur la succession à venir de l'époux survivant qui se remariait.

Or, les Coutumes de Hainaut refusaient formellement la *four-*

mouture aux enfants des chevaliers et anciens nobles (1). On en tirait alors cette conclusion qu'ils n'étaient pas en puissance.

Rien n'est moins probant, car la coutume pouvait très bien ne pas concéder ce droit aux nobles sans avoir la pensée de baser son refus sur ce qu'ils n'étaient pas en puissance de leurs pères.

On a voulu dire que l'Angoumois faisait une distinction analogue entre les nobles et les roturiers.

On invoque en faveur de cette opinion l'article 120 de la Coutume, article qui déclare émancipé de plein droit le fils *roturier* marié qui a habité pendant l'an et jour un domicile séparé de celui de son père. Mais qu'est-ce que cela prouve, si ce n'est que l'émancipation tacite n'était pas admise pour les nobles? Cependant un arrêt de 1612 (2) avait déclaré que cette règle était consacrée par la Coutume, mais une enquête faite postérieurement établit, au contraire, que l'usage et la pratique de la province étaient absolument opposés à cette distinction (3).

Nous devons dire, du reste, que nulle part, ailleurs, nous ne trouvons de traces d'une semblable doctrine.

« Les enfants, » dit la Coutume de Poitou, « sont en la puissance de leur père, soit noble, soit roturier (4). »

Telle est la règle généralement posée.

Quant aux serfs, on peut répondre à ceux qui les représentent comme tellement écrasés sous le joug qu'ils ne pouvaient posséder aucun droit sur leurs enfants, en leur citant la règle 177 de Loysel : « Les enfants sont en la vouerie et mainbournie de leurs père et mère, soit francs ou serfs... (5) »

Si, à l'époque barbare, le serf n'avait aucune personnalité, depuis longtemps il n'en était plus ainsi, la règle précédente le prouve et, lorsque le *miroir de justice* disait : « de serf il n'est » pas fait mention, parce qu'il n'a rien de propre, » il n'était question que de droits sur des biens. Sans doute, sa puissance sur ses enfants devait être bien restreinte, mais il ne faut pas oublier que les serfs n'étaient pas des esclaves.

(1) Ch. X, art. 3.

(2) Brodeau, *Notes sur la loi municipale du Hainaut*, citées par Merlin. *puis. pat.* Sect. II.

(3) *Arrêt de Barraud*, cité par Merlin, *puis. pat.* Sect. II.

(4) Art. 310.

53. *La puissance paternelle appartient au père et à la mère.* — Quand nous nous sommes demandé en droit romain à qui appartenait la puissance paternelle, le réponse a été : Au père seul. « Et c'est, » dit le président Favre, « parce que ce droit a » été établi pour le maintien et la propagation des familles et » qu'une femme est toujours considérée comme la fin de la famille » dont elle est sortie (1). »

Le droit coutumier, au contraire, dit : au père et à la mère, prenant à la lettre la maxime romaine : *cùm et matri similia facere permissum sit naturale ratione* (2).

Le commentateur que nous avons déjà cité, Le Camus d'Honlouve, après avoir dit que la puissance paternelle existe en pays de coutume comme en pays de droit écrit, ajoutait : « et elle a » lieu en faveur du père comme de la mère (3).

Ceci demeure donc bien établi. Mais ce n'est pas à dire pour cela que ces droits soient égaux et coexistants.

Les Coutumes de Hainaut reconnaissent à la mère des droits analogues à ceux du père. Mais pendant le mariage, ces droits sont paralysés en ce qui la concerne, et c'est du jour seulement où son mari disparaît qu'elle peut les exercer (4).

Nous retrouvons cette même distinction formulée dans la Coutume de Mons qui a bien soin de faire remarquer que cette réserve n'enlève pas à la mère le droit lui-même. Le seul but est d'éviter les conflits pendant le mariage (5).

La Coutume de Valenciennes mentionne seulement le droit de la mère près de celui du père (6).

Il est plus juste de dire que la mère est associée aux droits du père, que de lui accorder des pouvoirs égaux aux siens. Quand il vient à manquer, elle prend sa place. C'est là une différence essentielle qui sépare les coutumes du droit écrit.

Du reste, la mère est tenue de se renfermer dans des limites plus étroites que le père, quand elle exerce ses droits de puis-

(1) *Jurisprud. Papin. scientiâ*, t. 9, princip. 8.

(2) *Voët ad Pandecta*, lib. 1, VI, 3.

(3) *Cout. du Boulonnois*, § 1, p. 42. .

(4) *Chartes gen.* ch. 52, art. 5 et 8. — Chap. 10, art. 1.

(5) Chap. 8, 9, 10, 36.

(6) Art. 26.

sance, nous le verrons en particulier pour le droit de correction.

Mais elle a droit dans toute circonstance au respect de ses enfants, et quand il s'agira de fixer leur avenir, son avis devra être écouté. « Les droits du père, » dit Catelan, « si autorisés » parmi les Romains comme établis par la nature, sont devenus » parmi nous bien plus sacrés et bien plus respectables, comme » établis par Dieu même, dans le commandement qu'il nous a » fait d'honorer nos pères et qui suit si près et immédiatement » celui de l'honorer. Cette loi divine a fait passer jusqu'à la » mère l'autorité que le père seul avait dans l'établissement de » ses enfants. Nous honorons et respectons également dans l'un » et dans l'autre l'image et l'ordre de Dieu, et s'il m'est permis de » détourner en ce sens le sens profane d'un poète : *Deus est in utroque parentum* (1). »

Cette citation, qui établit les bases sur lesquelles on faisait reposer les pouvoirs du père au moyen-âge, nous montre que la mère les partageait pleinement avec lui, parce que, provenant d'une même source, ils tendent à un même but, le bien des enfants.

A quelles conditions le père jouissait-il de cette puissance ? On a dit qu'il devait être régnicole. Mais cette règle devait plutôt, semble-t-il, s'appliquer aux pays de Droit écrit, parce que les règles du Droit coutumier sur ce point étaient tellement peu distinctes de celles du Droit naturel, qu'elles devaient être applicables à tous sans distinction.

Le père devait jouir de tous les droits civils. A ce propos, nous devons faire remarquer qu'à cette époque on ne connaissait pas la privation d'une partie des droits civils, privation que notre code admet, soit comme conséquence d'une condamnation, soit comme pénalité directe. On jouissait de tous ses droits, ou l'on en était privé totalement par la mort civile.

Le bannissement à perpétuité entraînait certainement la mort civile ; le bannissement à temps produisait-il le même résultat ? On admet généralement la négative, bien que ce point soit discuté. Il existe, entre autres, un arrêt de 1633 qui déclare qu'un père n'est point déchu de la puissance paternelle par un bannissement de neuf ans (2).

(1) Liv. 4, ch. 8.

(2) Castres, rapporté par Guyot. *Rep. de jurispr.*, p. 414.

Quant à ce qui est de la captivité, la décision XXXVI de Jean des Mares, que nous avons citée, semble prouver qu'il existait une sorte de *postliminium* en vertu duquel le captif « *réputé mort de sa* » *prinse*, » recouvrait ses droits de puissance après qu'il avait été délivré.

Nous retrouvons dans ces conditions nécessaires pour pouvoir exercer le droit de puissance paternelle des points de ressemblance avec la législation romaine. Il est possible qu'elles y aient été puisées; car, à l'époque où nous les trouvons énoncées, il y avait eu déjà bien des emprunts faits au Droit romain, pour modifier ou pour compléter les coutumes.

Si la mère se remarie, à qui va la puissance qu'elle exerçait depuis son veuvage? Il est évident que la femme se trouvant placée, par le fait de son mariage, sous l'autorité de son nouveau mari, ne pourra pas exercer librement sur ses enfants les pouvoirs qui découlent de la puissance paternelle.

La Coutume de Liège accorde dans ce cas les droits de puissance au mari. « Les enfants de mariage légitime sont en la puissance de leur père et, advenant la mort d'icelui, tombent en la puissance et mainbournie de leur mère; et si elle se remarie, » deviennent en celle de leur *parastre*... Voire aussi que la puissance du parastre cesse par la mort de la femme (1). »

La Coutume de Mons retrace les mêmes règles.

Le Hainaut avait donc une jurisprudence bien établie en ce sens. Mais il est certain que le parâtre ne possédait ou plutôt n'exerçait ces droits qu'au nom de son épouse.

Lorsqu'elle venait à disparaître, tout pouvoir tombait des mains de celui qui n'était que son représentant. La restriction ne porte donc pas sur les droits mêmes de la mère, mais seulement sur l'exercice de ces droits.

54. — *La puissance paternelle s'exerce sur les enfants légitimes. Cas des bâtards et des légitimés.* — Les enfants « *en léal mariage nez* » sont seuls soumis à la puissance paternelle, dit le livre de justice et plet. Le bâtard ne tient en rien à la famille de son père, et si, en vertu de la vieille règle : *Qui fait enfant le doit nourrir*, on lui reconnaît un droit à des ali-

(1) Ch. I, art. 7.

ments, ce droit est exclusif de toute idée de dépendance vis-à-vis des parents. « Un bâtard est entendu hors de pain dès lors qu'il » est né (1). » Ici, il n'est pas fait de distinction entre le père et la mère, le bâtard est *hors de pain*, c'est-à-dire maître de lui-même. Cependant n'est-il pas certain que la mère avait des droits de puissance sur ses enfants naturels ? On s'appuyait pour le prouver sur le droit que certaines coutumes, notamment celles de Lessines et de Valenciennes, lui accordaient sur leur succession. Mais il pouvait bien se faire qu'il n'y eût pas corrélation entre ces deux droits.

Selon toute apparence, les devoirs qui étaient imposés à la mère à l'égard de ses enfants naturels n'avaient pas de corrélatif. La défaveur qui s'attachait dans le moyen-âge aux unions illégitimes, pourrait autoriser cette opinion.

Le mineur qui avait encouru la mort civile, ne pouvait pas plus être en puissance de son père, qu'il n'eût pu, étant majeur et marié, posséder une autorité quelconque sur ses enfants.

Les bâtards qui étaient *hors de pain* dès leur naissance pouvaient être placés sous l'autorité paternelle par la légitimation.

Cette légitimation pouvait s'accomplir de différentes manières. La plus ancienne était celle qui s'opérait par la mise des enfants sous le *poêle* pendant le mariage. « Enfants mis sous le poêle » avant le mariage sont légitimés, » dit Loysel (2).

Le poêle était ce voile que l'on tenait suspendu au-dessus de la tête des époux pendant le mariage. Cet usage, du reste, s'est perpétué dans certains pays.

On trouve le récit d'une cérémonie de ce genre dans une histoire de France en vers, faite par un évêque de Tournai (3).

Si duc qui ses enfants aura
Gunnor adonques épousa
Et si fil qui ja furent grant
Furent entre autres deux en estant
Par dessous le mantel la mère
Furent faits loyal; cy trois frères.

Beaumanoir nous apprend que ce mode de légitimation était venu des coutumes bulgares et que les papes ne le permettaient

(1) *Cout. de Valenciennes*, ch. 126, art. 14.

(2) *Règle*, 58.

(3) Philippe Mouskes. Bruxelles, 1836.

que pour les premiers mariages. La légitimation s'opérait aussi par lettres du roi, expédiées au grand sceau, vérifiées par la Chambre des Comptes et enregistrées au Parlement (1).

Dans les pays de Droit écrit, depuis l'époque de Charles le Simple, on vit, sous l'influence du droit canonique, s'établir la légitimation par mariage subséquent.

L'Eglise, adoptant le droit de Justinien qui commençait à se répandre en France, jetait les bases de la légitimation actuelle, laquelle prenait alors son véritable caractère de réparation.

Avant ce moment, le droit romain n'y avait été connu que par le code de Théodose qui ne fait pas mention de la légitimation.

En terminant cet aperçu des diverses catégories d'enfants qui étaient ou n'étaient pas soumis à la puissance paternelle, nous citerons un cas où cette puissance n'était exercée ni par le père ni par la mère. C'est celui de la garde noble, à l'origine, du moins.

La garde noble prenait naissance à la mort du père ou de la mère ou de tout parent possesseur d'un fief et dont le mineur était l'héritier direct. Lorsque le fief venait de la mère et que celle-ci mourait laissant un fils mineur, le père, qui était de droit gardien du fief, pouvait refuser, car la garde n'était pas considérée comme une charge publique (2).

Dans ce cas, la garde du fief appartenait au seigneur ou à toute autre personne qu'il désignait, tandis que le soin de veiller sur la personne du mineur demeurait à celui qui possédait les droits de puissance paternelle.

Avant Pierre Mauclerc, nous dit Dom Morice (3), aucun duc de Bretagne ne s'était emparé du bail du mineur, sauf la duchesse Constance qui prit celui d'Hervé, prévôt de Lamballe.

Mais, dans la suite, il y eut de graves abus dans ce droit qui était venu d'Angleterre en Bretagne. Les seigneurs s'emparaient du bail du mineur sous prétexte de veiller à ce que le service du fief ne fût pas diminué et ils étaient alors censés fournir des chevaliers pour l'accomplir.

« Mais ce qu'il y avait d'étrange dans ce brigandage, » nous dit

(1) *Règlement du Conseil d'Etat du 6 avril 1604.*

(2) Beaune, *op. cit.* p. 380.

(3) Dom Morice. L. V, p. 206.

encore Dom Morice, « c'est que les seigneurs négligeaient l'entre-
» tien et l'éducation des mineurs, ne satisfaisaient point aux dettes
» de leurs pères et n'accomplissaient point leurs dernières volon-
» tés. De sorte que les mineurs, ayant atteint l'âge de 21 ans, se
» trouvaient sans argent, sans équipage et sans éducation (1) ».

Le duc Jean le Roux, au XIII^e siècle, permit aux vassaux de se libérer du droit de bail en payant une année de revenu. Bien que les barons n'y fussent pas contraints, ils acceptèrent presque tous l'ordonnance, sauf cependant les évêques de Nantes qui, jusqu'au XVII^e siècle, exigèrent le droit de bail.

Nous nous sommes un peu écarté de notre sujet en citant ces usages du duché de Bretagne; nous revenons au droit féodal français dans lequel le bail du seigneur n'était que l'exception, comme en Bretagne aux premiers siècles. C'était le parent le plus proche qui prenait le bail, mais avec des restrictions. On distinguait entre la garde du fief et la garde de la personne du mineur. La première était confiée à celui qui devait avoir le fief si l'enfant venait à mourir; la seconde appartenait à un autre parent. On se défait de ces guerriers qui malgré tout étaient encore un peu barbares. « Se ainsi avenoit que un gentis home se
» morust et il et sa fame et ils aüssent oir, cil qui devoit avoir
» le retour de la terre au père avroit le bail de la terre de part le
» père; et cil qui devoit avoir le retour de la terre à la mère
» avroit le bail de la terre de part la mère. Mais un de ceux qui
» devoient avoir le retour de la terre si comme nous avons dit
» dessus, n'avroit pas la garde des enfans. Ains l'avroit li uns
» des amis, de part le père, et uns autres de part la mère qui se-
» roient de lor lignage. Et devoient avoir de la terre par raison
» à nourrir les enfanz, et à porveoir ceus selonc les terres, car cil
» qui ont le retour de la terre ne doivent pas avoir le retour et
» la garde, car soupeçons serait qu'ils ne vousissent plus la mort
» des anfanz que la vie par la terre qui lor echerrait que un
» autre en qui la terre ne devoit pas escheoir (2). »

Ces distinctions ne se maintinrent pas toujours, et très souvent les deux pouvoirs étaient réunis dans les mêmes mains. Cela arrivait quand le survivant des père et mère consentait à céder ses

(1) L. V, p. 205.

(2) L. I. CXXI. *Etablissements de Saint Louis*.

prérogatives au gardien, qui demeurait alors seul chargé de surveiller la personne du mineur (1). »

C'est dans ce sens que nous pouvons dire qu'il arrivait que le mineur pouvait, du vivant de ses père et mère, n'être pas soumis à leur autorité.

Mais le plus souvent il n'en était rien, et quand le père (ou la mère) n'avait pas la garde du fief, il conservait néanmoins la garde de la personne de l'enfant.

Section 2^{me}. — En quoi consiste la puissance paternelle.

55
— *Disparition des droits extrêmes résultant de la puissance paternelle.* — Voyons maintenant en quoi consiste la puissance paternelle coutumière. Sur ce point, nous emprunterons notre réponse à Pothier : « En pays coutumier, » dit-il, « la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses : 1^o dans le » droit qu'ont les père et mère de gouverner la personne et les » biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en état de se gouverner eux-mêmes et leurs biens ; et 2^o dans celui qu'ils ont » d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance. » (2)

Ceci pourrait servir de définition à notre puissance paternelle actuelle.

Ce gouvernement de la personne comprenait évidemment le droit de garde et le droit de correction. Mais les pouvoirs extrêmes qui appartenaient encore au père dans les premiers siècles de notre monarchie disparaissaient peu à peu. Il n'était plus que rarement question (3) du droit de vie et de mort, du droit de vendre

(1) *G. Coutumier de Normandie*. Art. 218.

(2) *Des Personnes*, 1^{re} partie, t. 6., l. 2.

(3) Le père, d'après les constitutions apostoliques, doit châtier son fils, mais il ne doit pas le tuer.

les enfants ou de les exposer (1), ainsi que de celui de les contraindre à se marier contre leur gré (2).

Cependant, on trouvait encore quelques exceptions. La Coutume de Normandie ne punissait pas de mort le père ou la mère qui avait tué son enfant, *quia filius de sanguine et visceribus patris exivit* (3).

En Anjou, on abandonnait la mère coupable d'infanticide à l'Eglise, qui la condamnait à la réclusion temporaire, et l'on n'appliquait la peine du feu qu'au cas de récidive. « Se il meschiet à » fame qu'elle tue son enfant ou estrangle ou de jorz ou nuiz, elle » ne sera pas arse dou premier. Ains la doit on rendre à Sainte » Eglise. Mais s'elle en tuait un autre, elle en serait arse, parce » que ce serait accoustumance selonc droit écrit au Code (*de » episc. aud.*, l. 3, *in fine*) » (4).

Au XIV^e siècle, à Bordeaux, le père était encore seul maître, chef et juge de ses enfants, de son épouse et de ses serviteurs. S'il mettait un d'eux à mort, il suffisait qu'il jurât qu'il avait agi sans préméditation pour être absous. Il pouvait donner ses enfants en gage, mais non les vendre. Une seule voie de recours était ouverte devant le maire (5).

Quant au droit de vente, Boutillier disait également au XIV^e siècle que ce droit barbare était complètement inconnu (6), et cependant, la Coutume de Vitry le mentionnait encore (7).

La liberté des enfants en matière de mariage était reconnue par les Etablissements de Saint Louis, non pas qu'ils pussent se marier sans le consentement de leurs parents, mais en ce sens que, dans aucun cas, ceux-ci ne pouvaient les forcer à contracter une union qui leur déplaisait. On prévoyait même le cas où il y aurait eu promesse faite entre les parents avant que les

(1) Code d'Anségise, VI, 144.

(2) Un édit de Clotaire (chap. 7, § 8) défendait de marier la femme contre sa volonté. Cette prohibition fut renouvelée par un capitulaire de 757, daté de Compiègne, puis par Charlemagne ensuite, et on la retrouve dans le Code d'Anségise (VII, 470). Les Etablissements de Saint Louis ne firent donc que maintenir une règle déjà posée.

(3) Viollet. *Etab. de Saint Louis*, 1^{er} vol., p. 249.

(4) *Etab. de Saint Louis*, l. 1, ch. 39.

(5) *Inst. jurid. de Bordeaux*, par M. Rabanis, Rev. hist., p. 510.

(6) *Somm. rurale*, 1, 67.

(7) Art. 100, 148.

enfants fussent en âge et arrhes échangées. Si ceux-ci, une fois arrivés à l'âge de la puberté, ne voulaient pas ratifier la promesse, tout était rompu et les arrhes restaient acquises à la partie défaillante.

Même dans les pays de droit écrit, toutes ces conséquences extrêmes d'une puissance illimitée avaient fait place à la douceur dans l'éducation et à la modération dans les châtimens. On voyait encore certainement des abus se produire, mais ils étaient isolés, et on pouvait les considérer non comme les résultats d'une législation vicieuse, mais comme des manifestations d'une autorité détournée de sa voie et de son but.

On s'était toujours efforcé du reste de maintenir les enfants dans les bornes du respect et de la soumission. Le livre de justice et plet disait que le fils ne pouvait appeler son père en justice. « Li » rois deffent que fiz naturés ne fassent semondre lors pères, ni » franchi son patron. »

Et les assises de Jérusalem avaient porté une défense identique. « Le file qui est el pover de son père par la loi ne par l'asize » ce il n'est d'aâge ne peut contre son père ne aultre personne » apeler, pour ce qui pleist ne peut être entre y houmes par » droit dont l'un est à pvoir de l'autre (1). »

Ceci est évidemment une réminiscence du droit romain, mais les tribunaux eux-mêmes prononçaient des peines sévères contre les enfants qui avaient manqué gravement au respect dû à leurs parents.

Le parlement de Toulouse, jugeant un fils qui avait battu et injurié sa mère, le condamna à faire amende honorable en chemise, tête et pieds nus, la corde au cou ; on le fouetta par les carrefours, après quoi il dut faire six ans de galères (2).

Le parlement de Paris, sollicité par un père d'avoir à annuler la procédure commencée contre son fils qui l'avait injurié, fit droit à cette demande afin de manifester sa déférence pour l'autorité paternelle ; mais il cita néanmoins le fils coupable devant lui ; le contraignit à faire publiquement des excuses à son père ; après quoi il le réprimanda sévèrement et le condamna à une amende (13 avril 1643) (3).

(1) Ch. XIV.

(2) *Rep. de Guyot*, p. 439.

(3) *Rep. de Guyot*, p. 438.

Un arrêt de 1663 du parlement de Grenoble est plus sévère encore. Un père menacé par son fils l'avait, en vertu de son autorité paternelle, condamné à 20 ans de galères. Le Parlement, sur l'appel du procureur général, condamna le coupable aux galères perpétuelles (1).

C'est ainsi que les tribunaux faisaient respecter la majesté paternelle et en défendaient les prérogatives contre la faiblesse même de ceux qui en étaient investis.

56. *Du droit de garde.* — Nous avons parlé déjà d'un droit de garde qui en principe appartenait au seigneur pendant la minorité du possesseur du fief. Nous avons dit qu'à cette garde, destinée surtout à empêcher qu'il ne s'établît une interruption dans le service du fief, pouvait parfois, mais exceptionnellement, se joindre la garde de la personne du mineur. C'est de cette dernière que nous nous occuperons ici, c'est-à-dire que nous prendrons ces mots, droit de garde, dans le sens qu'y attache notre droit actuel.

En principe, il appartenait au père avec sa conséquence nécessaire, le droit d'éducation.

Mais la mère avait le droit de donner son avis quand il s'agissait de confier à des étrangers, le soin de la personne ou de l'éducation de l'enfant. Bien plus, à l'époque féodale, elle seule était chargée de ce soin pendant toute la période de la vie de l'enfant qui précédait l'adolescence. Plus tard même, les juges conservèrent toujours le pouvoir de déroger aux règles fondamentales et de transférer à la mère les prérogatives dont le père avait abusé, *ob nequitiam patris*.

Le père pouvait, du reste, perdre facilement le droit de garde, quelque étroit qu'il fût. Il suffisait qu'il eût donné, expressément ou tacitement à son fils, l'autorisation d'habiter dans une demeure séparée de la sienne pour que, dans certains cas, il ne lui fût plus possible de le contraindre à rentrer au domicile paternel. *Feu et lieu font mancipation* (2).

C'était une sorte de prescription qui s'accomplissait contre le père et qui avait pour *justa causa* le consentement qu'il avait donné ou qu'il était censé avoir donné.

(1) *Rep. de Guyot*, p. 438.

(2) Loysel, *règle* 56.

Pendant le mariage il n'y a donc pas de difficulté, le droit de garde de l'enfant appartient au père, qui peut l'exercer lui-même ou le déléguer à un tiers (1). Mais si le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, ou si même les liens qui unissaient les deux époux l'un à l'autre sont relâchés par la séparation de corps, à qui vont les enfants ?

Dans le premier cas, c'est-à-dire, quand le père ou la mère vient à mourir, la règle générale c'est que la garde appartient au survivant, avec une différence toutefois, suivant que le survivant est le père ou la mère. Au premier cas, suivant Beaumanoir, le père profite des revenus de ses enfants, tandis que la mère *veuve mainburnissière* n'a pas ce privilège.

Nous disons « en règle générale », mais il y avait beaucoup d'exceptions. D'abord le droit de garde, et par conséquent, le droit d'éducation, pouvaient être enlevés au père par les juges, lorsqu'il y avait des motifs graves, et sur l'avis des parents réunis en conseil de famille (3).

Ensuite la mère veuve, à l'époque féodale du moins, pouvait être exclue par son fils aîné qui devenait tuteur de ses frères et sœurs.

« Si einsi advenait que gentis fame aüst petit anfant et ses » sires morist, elle tendrait le bail de son hoir mâle jusques à » XXI ans, et le bail de sa fille jusques à XV ans, par coi il n'y » ait oir mâle (4) ». C'est-à-dire à moins qu'il n'y ait un frère aîné capable d'exercer la tutelle.

De plus, la mère elle-même pouvait en mourant laisser son héritage à ses enfants, à la condition qu'ils ne seraient pas placés sous la garde de leur père (5).

Si les deux époux étaient morts, les enfants orphelins étaient placés sous la protection de leurs ascendants ou des collatéraux les plus rapprochés. Mais c'était alors une tutelle.

Lorsqu'il n'y avait pas de parents assez rapprochés, « alors, dit le conseil de Pierre de Fontaines, « li prévôz de la contrée doit

(1) *Etablissements de Saint Louis*, l. I, LV.

• (2) *Etablissements de Saint Louis*, l. I, XIX.

(3) *Cout. de Bretagne*. art. 485.

(4) *Cout. de Bretagne*.

(5) *Conseil de Pierre de Fontaines*, XXXIII, 38.

» garder le sous aâgiez que nul tors ne li soit fez (1) », et cette sorte de tutelle s'exerçait sous la surveillance des corps municipaux « défenseurs naturels des veuves, des orphelins et des mineurs (2) ».

A propos de cette garde de mineur orphelin, nous trouvons au moyen-âge une règle bizarre qui montre avec quel soin on sauvegardait la liberté, même d'un enfant, lorsque cet enfant était privé de ses protecteurs naturels. L'orphelin pouvait quitter librement son tuteur et en choisir un autre à son gré parmi ses parents. Nous citerons le texte des Etablissements de Saint Louis que formule cette règle, règle que la Coutume d'Anjou a reproduite. « Nus home costumiers, n'a bail d'autrui anfanz se en une »
» menière non que je vos dirai : Que s'aucun home et sa fame »
» moraient, cil qui devrait avoir le retour de la terre si porraient »
» bien tenir les anfanz tant qu'ils poissent aler et parler. Et quand »
» ils s'en porraient bien aler et parler à un autre de lor amis »
» qui lor greast (plût) ou à un estrange, ils i raient bien, s'ils vo- »
» laient et aus et lor terres. Et cil à qui ils seraient alés devraient »
» tenir les choses en bonne estance et s'il ne le fesait, il serait »
» tenu à l'amende quand ils seraient partiz de lui.... Et ainsi »
» n'a nus home costumiers bail d'anfanz, *si ce n'est son père ou* »
» *sa mère*, puisqu'il set bien dire auquel il li plect miauz à aler »
» de ses amis (3) ».

Remarquons que cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux mineurs roturiers.

« Bon nombre de textes germaniques » dit M. Viollet en rapportant ce passage des Etablissements, « s'harmonisent parfaitement avec cette remarquable décision de la Coutume angevine, »
» et rien à mes yeux ne nous peint mieux l'allure indépendante »
» et libre du Germain. A Francfort, ce n'est pas seulement son »
» tuteur, c'est son père veuf que l'enfant peut ainsi quitter (4). »
» Ce droit, qui nous paraît monstrueux, avait été entouré de »
» sages garanties dans les temps modernes. Il a subsisté au profit »
» de l'enfant jusqu'en plein XIX^e siècle (5) ».

(1) *Conseil de Pierre de Fontaines*, XIV, 18,

(2) Beugnot *sur Beaumanoir*, t. 1^{er}, p. 244, en note.

(3) *Etablis. de Saint Louis*, I, CXLI.

(4) *Statuts de Francfort-sur-le-Mein*, de 1297, § 28.

(5) Viollet. *Et. de St Louis*, p. 159.

Si maintenant nous passons à l'examen de la seconde hypothèse prévue, c'est-à-dire du cas où les époux sont séparés de corps, nous trouvons un texte des assises de Jérusalem qui consacre pour les tribunaux le droit de prononcer en dernier ressort en consultant l'intérêt des enfants. C'est le système que suit la jurisprudence actuelle.

« Ce il avient qu'un home soit parti de sa molier (épouse)
» par aucune juste raizon et ils ont enfants, la raizon coumande
» que si les enfants sont menours de III ans si les y doit nourrir la
» mère jusque qu'ils aient VII ans, et le père lor doit doner du
» sien à mangier et à boire et à vestir et à chausser et tous lors
» estoviers (besoins). Mais ce la mère est malade de mézelerie
» (lèpre) ou dou grant mal, la raizon coumande qu'elle ne doit
» nul nourrir des enfants mais le père; pour ce qu'elle porait
» osire (faire mourir) aucun de ses enfants par la maladie ou par
» la mézelerie qui mout tost court; mais si elle est nète de ses
» taches, ci come est mezelle ou dou mauvais mal, bien les peut
» nourrir jusqu'à VII ans ci comme est dit dessus, as despences du
» père, segont ce qu'il pora; et puis si le père vosist prendre ses
» enfants, et ils ne vosissent aler ou la mère nē le vosist bailler,
» pour ce qu'il eust prise aultre fame, ou pour toute aultre juste
» raizon, le droit coumande que les jurés doivent esgarder et
» entendre le fait du père et de la mère et là ils connaistront que
» les enfants seront méaux (mieux) là les doivent laisser tant
» qu'ils aient XII ans, et puis ont pooir de aler estre o le père
» ou o la mère ou o qui que ils vodront par droit et par
» l'asize (1) ».

Le principe de la souveraineté du père est mis ici de côté, mais il faut dire que l'unité de la famille étant rompue, les règles qui la régissent sont forcément modifiées. Les influences ne sont plus contrebalancées l'une par l'autre suivant leur mode normal, et la loi intervient pour empêcher que l'une n'absorbe entièrement l'autre.

Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, en cas de séparation de corps était incontesté dans tout le droit coutumier. On peut citer l'exemple d'Arnaud, qui fit laisser à sa fille la garde des

(1) Ch. 57.

enfants qu'elle avait eus de Le Maistre. Celui-ci ayant embrassé le protestantisme s'était fait remettre, par ordonnance du garde des sceaux, ses 5 fils mineurs. Le Parlement cassa cette décision, prononça la séparation et donna gain de cause complète à la mère (1).

Plus tard on prétendit, et la jurisprudence du Parlement de Bretagne adopta cet usage, que, dans toute séparation de corps, la femme qui aurait quitté le domicile conjugal devrait être mise dans un couvent.

Mais ceci fut rejeté en tant que règle absolue, et, si dans maintes circonstances, les Parlements ordonnèrent de placer dans des couvents des femmes soustraites par la séparation d'habitation à la direction et à la surveillance de leurs maris, ce fut par décisions spéciales et dans des cas bien déterminés.

Que devenaient alors les enfants lorsque l'on ne jugeait pas à propos d'en laisser la garde au père? Il n'y avait pas de règles établies; les tribunaux étaient seuls juges, mais ils n'usaient de leurs pouvoirs qu'avec une extrême prudence, quand il s'agissait de soustraire l'enfant à la surveillance et à la direction de ceux que la Providence lui a donnés pour protecteurs.

C'est ainsi que le Parlement de Paris déclara dans un arrêt de 1648 qu'on ne devait pas enlever la garde des enfants à une mère à la mort de son mari, bien qu'il fût prouvé que cette mère vivait dans le désordre.

Et dans un cas du même genre, le Parlement de Toulouse déclara que le père devrait être préféré à l'aïeule maternelle pour la direction de l'éducation de son fils, bien que ce père, à l'égard duquel il avait été appelé à se prononcer, eût été marié quatre fois et qu'il n'eût rien voulu donner pour soigner son enfant dans une longue maladie pendant laquelle il n'avait même pas daigné l'aller voir (2).

Cependant des décisions de ce genre doivent être rangées parmi les exceptions.

Notons toutefois l'article 500 de la Coutume de Bretagne, qui déclare que le père ne perdra pas ses droits par son second mariage (3).

(1) *Cité par M. P. Bernard, p. 295.*

(2) *Merlin, puiss. pat.*

(3) Orléans, 180. — Perche, 168. — Nivernais, 5. 7. — Cfr. Tours, 350

La responsabilité du père, relativement aux actes de ses enfants, n'existait, suivant Beaumanoir, qu'autant qu'il les avait sous sa garde. L'une n'était que la conséquence de l'autre. Lorsque le délit n'était passible que d'une amende, le père payait. Si le crime était de la catégorie de ceux « desquels on doit perdre la » vie, » l'enfant était livré à la justice et le père ne répondait que des indemnités pécuniaires.

Evidemment, si le père était obligé de payer, c'est parce qu'il y avait contre lui une présomption qu'il n'avait pas suffisamment surveillé l'enfant. Et cela était si vrai que Beaumanoir conseillait aux pères, qui n'avaient plus assez d'ascendant sur leurs enfants, de les émanciper pour éviter les responsabilités (1). C'était plus prudent que moral.

Il y avait un événement qui mettait fin au droit de garde, sans cependant produire l'émancipation. C'était l'engagement dans les armées royales ou l'entrée dans les Ordres. Dans les deux cas, l'enfant à seize ans pouvait échapper à la garde de son père ; mais dans le second, il fallait l'approbation de l'évêque.

57. — *Droit de correction.* — A l'origine, on laissait intact le droit de correction du père de famille, et ce ne fut que très tardivement qu'on songea à le régler et à le restreindre.

« Le mari peut battre sa femme sans mort et sans mehaing, et » la castier resnablement, » disait la Coutume de Bergerac (2), qui reproduisait elle-même un texte de Philippe de Beaumanoir ; et d'Argentré, dans son commentaire de la Coutume de Bretagne, allait plus loin encore. Il considérait que le mari avait non-seulement le droit mais le devoir de battre sa femme ; et, parlant de la responsabilité civile qu'il pouvait encourir à l'occasion des délits de son épouse, il disait qu'il en était ainsi parce qu'il devait la châtier et la surveiller. « *Quia retinere et castigare uxorem* » *debet* (3). »

Si l'on donnait au mari des pouvoirs aussi étendus, à plus forte raison devait-on laisser liberté pleine et entière au père sous ce rapport.

Les tribunaux se réservaient seulement le droit d'intervenir en

(1) *Cout. de Beauvoisis*, XXI, 20, t. I, p. 312. Ed. Beugnot.

(2) Art. 82.

(3) *Anc. cout. de Bretagne*, art. 423, Gl. 2, n° 5.

cas d'abus, et nous voyons les Parlements admettre des enfants à faire la preuve de mauvais traitements qu'ils prétendaient avoir eu à subir de la part de leur père ou de leur mère (1).

C'est que les mauvais traitements ne sont pas la conséquence du droit de correction ; ils ne sont que l'abus de la force brutale vis-à-vis de la faiblesse de l'enfant, et c'est dans cet ordre d'idées que se plaçait l'avocat général Talon quand il disait que, si la justice n'avait rien à voir aux actes des pères exerçant leur bonté envers leurs enfants, elle avait le devoir de surveiller leurs rigueurs, et qu'alors, tout en écoutant avec circonspection les enfants, il ne fallait pas néanmoins négliger leurs plaintes (2).

Merlin était d'un avis opposé, et disait que les tribunaux ne devaient pas s'immiscer dans les querelles intimes, sous peine d'inconvénients plus graves encore (3).

Mais Merlin n'a-t-il pas voulu parler de ces démêlés si fréquents dans les familles, du moins dans une certaine classe ? Il est probable que c'était là sa pensée et qu'il admettait l'intervention des tribunaux lorsque les mauvais traitements étaient continus et tels qu'ils devaient mettre en danger la vie ou l'intelligence de l'enfant.

Le Parlement de Provence permettait au père de faire détenir, en vertu de son autorité privée, son fils désobéissant. Mais nous sommes ici en pays de droit écrit et cette liberté laissée au père était une conséquence forcée de sa toute-puissance (4).

En pays de coutumes, on y mettait plus de réserves. Nous trouvons un arrêt de règlement du Parlement de Paris qui indique et l'état de la jurisprudence sur ce point et les limitations apportées, à cette époque, au droit de correction paternelle, du moins, lorsqu'il s'exerçait par voie de détention. « Sur ce qu'il a été démontré » par le procureur général que plusieurs personnes, pères et » mères, étaient obligées de mettre leurs enfants en prison pour » corriger par cette voie les désordres d'une jeunesse déréglée, et » nos mœurs ayant laissé particulièrement aux pères ce reste de » l'ancienne autorité qu'ils avaient sur leurs familles, il y avait » plusieurs abus dans l'usage, et l'étendue de ce pouvoir, dont

(1) Bretagne, 1559. — Paris, 25 mai 1680. — *Rep. de Guyot*, p. 434.

(2) Brillon, *au mot* : Débauche.

(3) T. 4, *vo Femme*, § 5.

(4) Boniface, t. 5, 2, 3, t. 3 et 1^{er}.

» quelques-uns, mariés en secondes noces, ne laissaient pas de se
» servir contre des enfants de leur premier lit, et que des mères,
» quelques-unes même après avoir passé à un second mariage et
» d'autres parents à défaut de pères et de mères, voulaient anti-
» ciper..... que depuis quelque temps, il n'y avait pas d'âge limité;
» qu'il s'était trouvé dans les prisons des hommes âgés de 30 ans
» et plus, et même des prêtres détenus sous prétexte de correc-
» tion paternelle; qu'on ne trouvait presque aucun fruit de ces cor-
» rections par le commerce que ces enfants avaient avec les pri-
» sonniers, dont plusieurs, arrêtés pour crimes, achevaient sou-
» vent de corrompre leurs mœurs par de mauvais exemples, et
» que se rencontrant ainsi plusieurs dans une même prison sans
» qu'aucune personne sage eût pris soin de les conduire et re-
» prendre de leurs désordres, ils s'y fortifient encore tous en-
» semble davantage, requérant qu'il plût à la Cour y pourvoir; »

» La Cour a ordonné et ordonne que ceux qui seront arrêtés
» pour correction dans cette ville de Paris, ne pourront être mis
» qu'en la prison de Villeneuve-sur-Gravois, où ils paient la
» somme de 300 francs au geôlier qui sera préposé par les prêtres
» de la Mission de cette ville dont le supérieur choisira ceux de
» la maison de St-Lazare qu'il trouvera à propos pour instruire
» les enfants ainsi retenus et avoir soin de leur conduite; que
» les pères seuls pourront détenir leurs enfants jusqu'à 25 ans
» pourvu qu'ils ne soient pas mariés en secondes noces, et en cas
» qu'ils eussent passé en secondes noces, ne pourront faire cons-
» tituer prisonniers par correction leurs enfants, sans en avoir
» obtenu la permission du lieutenant-civil, lequel pourra, s'il le
» juge à propos, prendre l'avis de quelques-uns des parents les
» plus proches, tant du côté paternel que du côté maternel, ce
» que les mères, tutrices et autres seront obligés de faire pour
» leurs enfants mineurs et autres parents qu'ils voudront mettre
» en prison par correction. Fait défense au geôlier de laisser ceux
» qui sont arrêtés avoir aucun commerce avec les personnes qui
» pourront y être conduites à la requête du procureur fiscal de
» St-Lazare (1). »

Tout est fixé par cet arrêt, la prison dans laquelle l'enfant sera
détenu, le prix à payer pour sa pension, l'âge à partir duquel la

(1) *Journal des audiences du Parlement de Paris*, 26 octobre 1697.

détention ne pourra plus avoir lieu, le droit absolu et sans contrôle du père jusqu'à cet âge, et les limites posées à l'exercice de ce droit lorsque le père est remarié ou lorsque la détention est requise par la mère ou par tout autre parent. C'est, à peu de chose près, la théorie du Code civil.

Pour nous résumer, nous citerons deux articles de la Coutume de Liège, qui nous semblent exprimer d'une manière assez complète l'étendue que le droit coutumier donnait au droit de correction paternelle :

« Les parents peuvent battre et corriger leurs enfants sans » qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sauf pour cas » de blessure (1).

» Ils peuvent les renfermer dans une chambre pour un petit » temps. Mais ils ne peuvent les faire emprisonner, surtout hors » du pays, sans le décret de l'official de Liège ou du juge ordinaire » du pays, qu'ils devront obtenir et montrer au geôlier dans les » trois jours de l'emprisonnement (2) ».

On voit que les pouvoirs du père étaient soumis à un contrôle sévère toutes les fois qu'il s'agissait de priver l'enfant de sa liberté ou de dépasser les bornes d'une simple correction, mais on lui laissait d'une manière absolue le droit de « battre et corriger ses » enfants ». Certains auteurs érigeaient même les châtimens corporels en système d'éducation ; Henri IV, qui se souvenait d'avoir été « fort fouetté » dans son enfance, affirmait « que rien » au monde ne pouvait faire plus de profit que cela » et il recommandait à la gouvernante de son fils, le Dauphin, d'user de ce moyen, toutes les fois que l'enfant « ferait l'opiniâtre, ou quelque » chose de mal (1) ». Et le journal de Dubois de Lesdiguières, valet de chambre de Louis XIII, nous apprend que les ordres étaient rigoureusement suivis.

D'autres auteurs s'élevaient contre les punitions matérielles avec non moins d'impétuosité. « Ostez moy la violence et la » force, » disait Montaigne, « il n'est rien à mon advis, qui abas- » tardisse et estourdisse si fort une nature bien née » (4).

(1) Art. 27, § 26 de la *paix Saint-Jacques*.

(2) Art. 6 et 7 du *Mandement* de 1748.

(3) Lettre à M^{me} de Monglat.

(4) Montaigne, *essais*, Liv. I, ch. 25, p. 183. Ed. Didot. 1802.

« Dureté dans l'éducation », disait-il, « froideur dans les rapports ».

Les uns et les autres nous semblent s'éloigner de la vérité. S'il est certain que la brutalité ou la sévérité excessive dans l'éducation est aussi dangereuse que la faiblesse, on ne peut nier néanmoins que parfois la correction corporelle ne soit nécessaire vis-à-vis de natures rebelles et indisciplinées. Le père doit être laissé seul juge de ce qu'il faut faire ou éviter ; c'est ce que faisait le Droit coutumier, en donnant toute latitude au père de famille et en n'intervenant que s'il abusait des pouvoirs qui lui étaient laissés.

Du reste, tout fait supposer que ces abus durent être rares au moyen-âge où les idées religieuses maintenaient l'union dans les familles. Ce ne fut qu'à l'époque des guerres de religion que les liens se relâchèrent et que la considération de l'oubli du respect paternel conduisit les jurisconsultes à réclamer des réformes qui eussent ramené la législation aux principes romains.

58. — *Droit de consentir au mariage des enfants.* — Aux droits du père que nous venons d'examiner, il faut joindre celui que les Ordonnances royales lui accordèrent, de s'opposer au mariage de ses enfants.

Le droit canonique n'admettait pas que l'on contestât la validité des mariages contractés sans le consentement des père et mère, alors qu'il n'y avait pas de causes de nullité résultant soit de parenté, soit d'autres raisons.

Cela ne l'empêchait pas de réprouver de telles unions, et nous trouvons dans le Concile de Trente les mêmes réprobations répétées avec beaucoup de force. Mais malgré la pression que les souverains essayèrent d'exercer alors, le Concile se refusa énergiquement à déclarer nulles de plein droit ces mariages (1).

Et il ne peut en être autrement : l'efficacité d'un sacrement ne peut dépendre de la volonté de personnes étrangères à celles qui le reçoivent.

Voilà pourquoi l'Eglise, tout en frappant parfois de peines canoniques graves les enfants oublieux de ce devoir de déférence et de respect vis-à-vis des parents, ne pouvait déclarer que le sacrement n'avait pas été valablement conféré.

(1) *De reform. matrim.* cap. 1.

Les Coutumes commencèrent à ajouter des prescriptions nouvelles à celles du droit canonique, puis au XIV^e siècle, les Ordonnances royales décidèrent d'une manière générale qu'il ne serait pas procédé au mariage sans que les parents eussent formellement donné leur consentement.

Remarquons que le droit canonique demeurait intact. On ne cassait pas le mariage contracté sans le consentement des parents, mais on prononçait des peines soit contre ceux qui l'avaient ainsi contracté, soit contre ceux qui avaient procédé à sa célébration.

A une certaine époque, l'enfant qui s'était marié sans l'aveu de ses parents, était exhéredé de plein droit (1). M. Viollet (2) reproduit plusieurs textes scandinaves qui mentionnent une déchéance analogue relativement aux filles nobles (3).

Plus tard on laissa subsister le droit d'exhérédation, mais on permit au père d'en user ou de n'en pas user. « Enfants de famille ne se peuvent marier sans le consentement de leurs père » et mère, s'ils ne sont majeurs, les fils de 30 ans, les filles de » 25, sous peine de pouvoir être déshérités (4). »

La Coutume de Bretagne portait la même peine contre les enfants mariés « contre le gré, volonté et consentement, et au non » sceu de leurs père et mère (5). »

D'Héricourt déclare que les mariages contractés sans l'aveu des parents seront nuls (6). C'est la théorie qu'ont admise les rédacteurs du Code, en séparant le contrat civil du Sacrement lui-même.

Cette question du mariage n'est pas la nôtre. Nous voulions seulement faire remarquer que l'Eglise, qui pendant longtemps réglementa seule les mariages, n'avait pas fait dépendre la vali-

(1) Ordonn. de 1639 (art. 1, 2).

(2) *Etabl. de Saint Louis*, 1^{er} vol., p. 144.

(3) Celles-ci, en France comme dans toute région où le droit féodal avait prévalu, au cas où la possession d'un fief devait leur échoir, étaient obligées pour se marier d'avoir non-seulement le consentement de leurs parents, mais aussi celui du suzerain, parce que ce dernier avait intérêt à ce que le nouvel époux, qui était appelé à faire le service du fief, en fût pleinement capable.

(4) Loysel, *Inst. cout.*, R. 107.

(5) *Cout. de Bret.*, art. 495.

(6) *Lois ecclés.*, III^e partie, p. 191, n^o 74.

dité du Sacrement du consentement des parents. Mais nous le répétons, elle ne cessait de réprouver les unions contractées contre la volonté du père, parce que les enfants violent ainsi la loi du respect paternel, qu'elle n'a jamais cessé de défendre.

En poursuivant l'étude de la législation coutumière sur les droits des parents en matière de mariage, nous voyons que certaines coutumes avaient établi une sanction différente de celle que nous venons d'indiquer. L'enfant marié, sans le consentement de ses parents, n'était pas émancipé par son mariage. Il demeurait sous leur puissance.

A l'époque féodale, les mêmes prohibitions existaient (1), mais de plus il y avait une règle spéciale pour la fille orpheline placée sous la tutelle de sa mère. Elle était tenue de prendre l'avis de ses parents paternels (2). On retrouve là le rôle actif du conseil de famille, auxquels les textes germaniques font si souvent allusion (3).

L'édit d'Henri II sur les mariages clandestins (Février 1556), confirmé par l'ordonnance de Blois (Mai 1579), défendait aux curés, sous peine d'être poursuivis pour crime de rapt, de passer outre à la célébration des mariages pour lesquels on ne leur présenterait pas le consentement des père, mère ou tuteur.

Les mêmes prohibitions furent maintenues par un édit promulgué à Milan par Henri III, et par une déclaration en date du 26 novembre 1639. De plus, les parents conservaient le droit de déshériter les enfants.

Ce fut une ordonnance du 27 août 1692 qui établit la formalité des sommations respectueuses, formalité qui ne pouvait alors être accomplie que par les enfants âgés de plus de trente ans et sur une permission du juge. Les sommations étaient portées aux parents par deux notaires ou par un notaire et deux témoins.

Nous joindrons à ce dernier droit en particulier celui que l'on donnait au père de s'opposer à la profession religieuse de ses enfants mineurs.

Comme la question était complexe et que les Parlements jugeaient d'une manière contradictoire à cause des circonstances et

(1) *Cout. de Beauvoisis*, ch. XV, § 31.— *Etabl. de Saint Louis*, I, 119.

(2) *Etabl. de Saint Louis*, Liv. I, ch. 67.

(3) *Lois de Valdemar*, Liv. I, art 28, 29.

en raison de ce que leur pouvoir discrétionnaire leur permettait de tenir compte dans une large mesure de la question religieuse, nous nous contenterons de citer le résumé que fait d'Héricourt de la jurisprudence la plus souvent admise. « Les enfants, » dit-il, « ne doivent pas embrasser l'état religieux sans le consentement de leurs père et mère. Cependant si un jeune homme » ou une jeune fille, étant parvenus à un âge même de 20 ans ou » de 22 ans, voulait s'engager dans un monastère, sans qu'il » partît aucune séduction de ceux qui le gouvernent, on n'aurait » point d'égard à l'opposition des parents qui n'ont pas le droit » d'empêcher leurs enfants de se consacrer au Seigneur. Le seul » moyen, » ajoute-t-il, « de concilier des arrêts qui sont justes, » chacun dans leur espèce, est d'admettre cette distinction (1). »

Comme moyen pratique de donner gain de cause aux parents, il arrivait que les Parlements ordonnaient la mise dans une maison « bourgeoise » de l'enfant qui avait prononcé ses vœux sans l'autorisation des parents. Ceux-ci étaient admis à le visiter, et les juges désignaient des personnes qui procédaient à son interrogatoire, après quoi le tribunal jugeait sur l'appel comme d'abus interjeté de la profession (2).

Enfin nous mentionnerons en terminant cette énumération des droits du père de famille, celui qu'il avait d'exiger devant les tribunaux que ses enfants lui fournissent des aliments. Ce droit se retrouve transporté dans notre Code civil dans toute son étendue ; on reconnaissait même à l'enfant la faculté de se libérer de son obligation en recevant chez lui ses parents, au lieu de leur fournir une pension alimentaire. Le Code civil a reproduit cette disposition (3).

Ce droit des parents ne découle pas de la puissance paternelle proprement dite. Nous n'entrerons donc pas dans plus de détails.

Les documents que nous avons trouvés sur chacun des droits de la puissance paternelle sont bien restreints. Nous avons dit

(1) Rép. de Guyot, p. 24. C'est ainsi que le décide également le droit canonique. Si les vœux ont été prononcés, il est bien évident que le non consentement des parents ne les rendra pas nuls, mais en fait, ici comme pour le mariage, l'Eglise recommande le plus grand respect pour les parents.

(2) Rép. de Guyot, p. 24.

(3) Art. 219.

déjà quelle en est la raison, il nous reste à passer en revue les modes d'extinction de ces droits, dont malgré le peu de détails que nous retrouvons sur eux, il est impossible de méconnaître l'existence.

Section 3^{me}. — Comment cesse la puissance paternelle.

59. — *De la majorité.* — « Bail ou garde finit par majorité, » demeure séparée, mariage, prestrise, ou émancipation expresse ».

Si, à l'exemple du grand Coutumier (1), nous prenons le mot *garde* dans le sens de puissance paternelle, réservant le nom de *bail* à la tutelle des collatéraux, nous constaterons des différences fondamentales entre les modes d'extinction de la puissance paternelle des coutumes et la *patria potestas* romaine. Pour celle-ci il n'y a qu'un fait qui puisse en opérer la dissolution, c'est la volonté du père formellement manifestée dans l'émancipation. Celle-là, au contraire, peut disparaître de plusieurs manières, complètement distinctes de l'émancipation proprement dite et indépendantes de la volonté du père. On peut dire même que l'émancipation telle que nous la comprenons aujourd'hui et telle que la connaissaient les Romains, était une exception extrêmement rare sous le régime des coutumes.

Et d'abord, la majorité était absolument inconnue dans le droit romain primitif, en tant que fait extinctif de la puissance paternelle.

Il y avait bien un âge à partir duquel l'enfant *sui juris* devenait capable d'administrer ses biens et d'accomplir les actes de la vie civile. Mais lorsqu'il était sous la puissance de son chef de famille, l'arrivée à cet âge n'amenait aucune modification dans sa capacité. Plus tard, nous l'avons vu, en parlant des Gallo-Romains, on donna au fils de famille, âgé de 25 ans, une capacité bien réduite, il est vrai, mais qui lui permettait de posséder des biens propres et lui donnait le droit de gérer lui-même ces biens.

(1) L. II, ch. XXXI.

Mais cette majorité laissait intacts les droits que son père avait sur sa personne et ne produisait jamais une véritable émancipation.

En pays de coutumes, au contraire, à partir d'un âge qui variait suivant les pays, l'enfant était absolument maître de ses droits; son père ne conservait, du moins depuis le XVI^e siècle où les Ordonnances royales avaient modifié les prescriptions du droit canonique, que le pouvoir de s'opposer à son mariage, pouvoir qui lui-même disparaissait aussi, du reste, après un petit nombre d'années.

La différence vient de la différence des principes. La tradition germanique du *mundium* se retrouve dans le droit coutumier. Le père est avant tout le protecteur de l'enfant. Le jour, par conséquent, où l'enfant est capable de se protéger lui-même, le père est dépouillé de sa puissance, mais il est aussi libéré de ses obligations.

Il y avait deux majorités distinctes l'une de l'autre, qui se produisaient à des âges différents et qui entraînaient des effets différents aussi. L'une était appelée féodale, l'autre coutumière.

I^o MAJORITÉ FÉODALE. — « C'est l'âge où le vassal peut lui-même relever le fief et le servir, et avant lequel le seigneur est tenu de bailler souffrance si le fief n'a été relevé par un gardien ou baillistre qui en fait les fruits siens (1).

En général, la majorité produisait peu de changements dans la situation du jeune noble auquel n'appartenait pas de fief ou qui n'en avait pas reçu un de son épouse au jour de son mariage. Il était obligé par la force des choses de demeurer dans le manoir paternel, soumis en fait à la même puissance que par le passé.

Nous devons néanmoins remarquer qu'il était toujours libre alors de prendre une habitation séparée lorsqu'il voulait se mettre en état de suffire lui-même à ses besoins et à ceux de sa famille.

Mais nous ne parlons dans ce paragraphe que de la majorité du possesseur d'un fief, majorité qui en outre de la mise à sa charge du service du fief, le faisait sortir de la puissance paternelle.

A quel âge était fixée cette majorité ?

(1) Klimrath, t. II, p. 245.

Pour répondre à cette question, il nous faut reproduire d'une manière plus spéciale encore la distinction faite entre le cas où celui à qui revenait le fief, ne possédait que ce fief, et celui où il tenait en même temps des terres en roture. « Ceux qui sont nobles » sont agiés à 21 ans quant à choses nobles et feudataires, et » quant à celles qui sont tenues en villenage à 14 ans (1) ».

Dans certaines coutumes il pouvait, dans ce dernier cas, être majeur relativement aux terres roturières longtemps avant de l'être par rapport au fief.

Ceci étant posé, nous suivrons pour déterminer l'âge de la majorité féodale, le classement fait par M. Klimrath.

Il divise les coutumes en deux groupes.

Dans le premier, il place celles qui adoptent un âge uniforme de 20 ans, tant à l'égard des fils qu'à l'égard des filles; et celles qui, en bien plus grand nombre, font une distinction entre les deux sexes, déclarant majeurs les mâles à 18 ou 21 ans et les filles à 14 ou 18 ans.

Dans la première catégorie se trouvent la Normandie, la Bretagne, l'Auvergne et la Haute-Marche.

Dans la seconde, on place la France proprement dite, une partie du Vermandois et de la Champagne, l'Orléanais, le Maine, l'Anjou, la Touraine et le Bourbonnais.

Les assises de Jérusalem avaient fixé également l'âge de tenir le fief et de combattre à 21 ans. Il en était de même des Etablissements de St Louis « Gentilhom n'a aage de soi combattre devant » qu'il ait 21 ans (2) ».

Dans le premier groupe formé par ces deux classes de coutumes la majorité féodale coïncide presque toujours avec la fin de la garde noble, c'est-à-dire avec l'âge où le mineur qui a perdu son père ou sa mère et qui possède un fief du chef de celui des deux qui est mort, prend à sa charge le service de ce fief.

Il n'y a d'exceptions que pour la Coutume de Normandie qui fixait la majorité féodale à 20 ans, tandis que la garde noble ne finissait qu'à 21 ans; pour les coutumes de Laon, de Melun et de la Marche dans lesquelles la garde noble finissait à l'âge de la puberté romaine, c'est-à-dire à 14 ans pour les mâles et à 12 ans

(1) Jean des Mares, *dec.* 149. — *G. Coutumier*, 11, 12.

(2) Cité par Beaune. *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 377.

pour les filles ; et enfin pour celles de Bar et de Clermont en Ar-gonne qui fixaient la fin de la garde noble à 16 ans pour les mâles et à 14 pour les filles.

Un second groupe de coutumes comprend celles qui font égale-ment coïncider la majorité féodale avec la fin de la garde noble, mais fixe pour l'une et l'autre un âge beaucoup moins avancé, 14 ou 15 ans pour les mâles et 11 ou 12 ans pour les filles.

Dans ce second groupe, se placent les coutumes d'Artois, de Picardie, d'une partie du Vermandois et de la Champagne, du duché de Bourgogne, du Nivernais, du Berry et du Blaisois.

La coutume locale du Perche-Gouet et celle de Chartres adop-tent l'âge uniforme de 14 ans pour les mâles et pour les filles.

Les coutumes de Bassigny, d'Auxerre, du Poitou, de l'Angou-mois, de La Rochelle et du comté de Bourgogne ne parlent ni de la fin du bail, ni de la majorité féodale.

On peut donc poser en règle générale, d'après l'inspection de toutes les coutumes, que la minorité féodale ne se prolongeait jamais au-delà de 21 ans.

II^o MAJORITÉ COUTUMIÈRE. — Il n'en était pas de même de la majorité commune, c'est-à-dire de l'âge auquel l'enfant, noble ou roturier, devenait maître de tous les droits autres que le droit de remplir les charges et de jouir des avantages attachés à la possession effective du fief.

L'âge auquel cette majorité avait été fixée était plus variable encore que l'âge de la majorité féodale, et de plus, dans certaines coutumes, celui qui à un âge peu avancé avait le droit et le pou-voir d'administrer sa fortune, ne pouvait faire une aliénation d'une part quelconque de cette fortune que plusieurs années plus tard.

C'était une division de la majorité que nous connaissons à peine dans notre droit actuel, sauf dans le cas d'émancipation et pour le testament. On appelait la première de ces deux majorités *moindre âge*, la seconde *plein âge* (1).

Plus tard, les divergences s'effacèrent et presque toutes les coutumes adoptèrent l'âge uniforme de 25 ans, âge de la pleine majorité romaine.

(1) Beaumanoir. — Du Cange, *glossaire*, v^o ætas. — Cités par Kœnigs-warter, *op. cit.*, p. 223.

Cette majorité fut introduite en Auvergne du consentement des Etats (1). Ailleurs elle existait longtemps avant la rédaction officielle des coutumes (an 1510). « Combien que par cy devant dans » la coutume du pays coutumier d'Auvergne, le masle, aagé de » 14 ans et la fille de 12 ans accomplis, fussent réputés d'aage » parfait pour ester en jugement faire et passer tous contrats » comme majeurs de 25 ans, néanmoins les Etats du pays ont » consenti et consentent la dicte coutume être abrogée et le » droit commun en ce avoir lieu pour raison des inconvenients » qui par cy devant s'en sont ensuivis et obvier à ceux qui pour- » raient ensuivre. » (Droit commun, ici, s'entend de droit romain).

Nous passerons sommairement en revue les diverses coutumes en notant les rapports qui existaient entre la majorité féodale et la majorité commune.

Parmi celles qui, pour la majorité féodale, étaient rangées dans le premier groupe que nous avons indiqué, nous constatons que la Normandie, Paris, Laon, Châlons, Clermont en Argonne, n'établissaient pas de distinction entre les sexes et déclaraient majeurs tous ceux qui étaient âgés de plus de 20 ans. « Enfants sont en la » puissance des pères et n'en sortent qu'ils ne soient âgés de » 20 ans... (2) ».

La Touraine, l'Orléanais, le Loudunois, la Marche faisaient commencer la majorité à 14 ans pour les mâles, à 12 ans pour les filles; le Bourbonnais et le Grand-Perche prolongeaient la minorité jusqu'à 20 et 16 ans, et Montargis jusqu'à 20 ans et 1 jour et 14 ans et 1 jour.

En Bretagne, le noble n'était émancipé qu'à 20 ans, tandis que le roturier pouvait l'être à 17; mais la règle générale pour la majorité était 20 ans, dans l'ancienne coutume.

« L'homme ou femme qui sont sous l'âge de 20 ans sont mineurs et 20 ans accomplis et passés sont majeurs (3) ».

La nouvelle coutume, au contraire, adoptait l'âge de 25 ans, du moins pour pouvoir aliéner les immeubles (4).

Plusieurs coutumes, du reste, faisaient cette distinction.

Dans l'Anjou et le Maine, les enfants mâles étaient majeurs à

(1) *Cout. d'Auvergne*, XIII, 1.

(2) *Cout. de Châlons*.

(3) *Anc. Cout.*, art. 457.

(4) *Nouv. Cout.*, art. 499.

20 ans et les filles à 14 ans; mais, de plus, on spécifiait que les roturiers suivraient relativement à leurs biens une règle spéciale; ils pouvaient, sans distinction de sexe, disposer de leurs immeubles ou de leurs meubles précieux, sans l'intervention de la justice, à 20 ans seulement, tandis que, depuis l'âge de 14 ans, ils pouvaient disposer de leurs meubles, jouir de leurs biens et les administrer.

La coutume du pays du Franc fixait la majorité à 24 ans, mais par une disposition spéciale, elle décidait que le juge pourrait sur la demande des père et mère, maintenir l'enfant sous leur puissance, même après cet âge.

Parmi les coutumes qui figurent dans le second groupe relativement à la majorité féodale, celles de Ponthieu, de Vitry, du Boulonnois, de Chauny, du duché de Bourgogne, fixaient un même âge pour la majorité commune et pour la majorité féodale, tandis que celles de Péronne, d'Amiens et de Calais avaient adopté l'âge de 20 ans pour la majorité coutumière, alors que, relativement aux fiefs, la majorité se produisait beaucoup plus tôt.

A Reims on admettait l'âge de 20 ou 18 ans, suivant les sexes, tandis que dans l'Artois, c'était celui de 14 ou 11 pour administrer les biens, et celui de 20 ou 16 pour les aliéner.

Dans le Nivernais, on avait conservé l'usage de faire finir la minorité avec la puberté, sauf pour certains actes particuliers qui ne pouvaient être accomplis qu'à 20 ans. Il en était de même pour le Berry, le Bourbonnais et la Haute-Marche.

On peut voir par cette énumération, encore incomplète, qu'il y avait des divergences à l'infini dans la fixation de la majorité, dans le très ancien droit du moins. Plus tard, on admit généralement, nous l'avons vu, l'âge uniforme de 25 ans, sauf quelques exceptions assez rares.

Au nombre de ces exceptions nous citerons la Coutume de Courtray qui disait que l'autorité des parents s'exercerait sur les enfants, même âgés de plus de 25 ans, à moins d'émancipation par « prestrise, mariage, ou autres états par lesquels, selon les dispositions du Droit, on devient maître de soi (1). » Et la Coutume de Douai allait plus loin encore. L'article 2 du chapitre VII disait : « Vivant le père, ses enfants demeurent en sa puissance et

(1) Art. 1038.

ne peuvent contracter, sans son consentement, de quel âge qu'ils soient, quand ils ne sont dûment émancipés. »

L'enfant était dans une sorte de tutelle qui durait tant qu'il n'était pas émancipé, marié ou ayant un domicile séparé.

La Bretagne avait une règle à peu près analogue. La coutume y disait, en effet, que l'enfant, pour être émancipé par demeure séparée, devait être majeur. La majorité seule n'avait donc pas éteint les droits du père (1).

« Le fils de famille, » disait l'article 528, « qui aura excédé » l'âge de 25 ans, ayant domicile séparé de son père, sera censé » et réputé émancipé à pouvoir contracter et ester en jugement, » sans l'autorité de son dit père. »

Comme dans les coutumes que nous citions tout à l'heure, les enfants majeurs de 25 ans n'avaient pas une capacité pleine et entière; c'était cette capacité que l'habitation séparée leur faisait acquérir.

Du reste, cette situation ne dura pas toujours, et Poullain du Parc nous apprend que depuis longtemps il était de maxime, en Bretagne, « que la majorité de 25 ans faisait cesser la puissance » paternelle (2), » ce qui semble ne faire d'exclusion pour aucun des droits qu'elle comprend.

La Coutume d'Orchies avait établi des règles spéciales pour les orphelins. Elle décidait que les enfants qui à la mort de leurs parents auraient les fils 20 ans et les filles 18, seraient maîtres d'eux-mêmes, tandis que leurs parents étant vivants, ils seraient demeurés en puissance jusqu'à leur mariage émancipation... (3).

Quoi qu'il en soit de toutes les divergences que nous venons de signaler, il est certain qu'il y avait toujours dans les pays de coutumes, un âge, variable du reste, à partir duquel l'enfant reprenait sa pleine liberté, du vivant même de ses parents.

60. *De l'Émancipation en général.* — Mais avant cet âge, le père pouvait comme en droit romain, faire l'abandon de ses droits sur son enfant *expressément* ou *tacitement*.

Donc en pays de coutumes, deux sortes d'émancipations : l'une

(1) D'Argentré sur l'art. 472.

(2) L. I, ch. XIII, Sect. XIV, n° 245.

(3) Ch. 7, art. 1.

formelle et s'accomplissant devant un magistrat public ; l'autre résultant de faits, limitativement déterminés, du reste.

L'existence de ces deux émancipations est relatée dans la Coutume de Reims (1). « Si quelque héritage est donné à un fils ou » à une fille de famille, les fruits et profits dudit héritage appar- » tiennent au père, tant et si longuement qu'il a son enfant en sa » puissance et jusqu'à ce qu'il soit *émancipé par lui ou tenu* » *pour émancipé*, marié ou âgé de 20 ans. »

La Coutume de Châlons nous donne ensuite l'énumération des cas dans lesquels l'enfant est *tenu* pour émancipé : « enfants sont » en la puissance des pères et n'en sortent qu'ils ne soient âgés » de 20 ans, ou mariés ou tenant maison et faisant fait à part au » veu et au sceu de leur père, » et malgré les hésitations qu'un texte de Loysel avait pu faire naître, il faut appliquer ces dispositions aux serfs et mainmortables comme aux personnes franches.

« Loin que les serfs ou mainmortables majeurs soient en la » vouerie et mainbournie de leurs père et mère, les mineurs » en sortent et sont émancipés dès qu'ils ont atteint l'âge de » raison (2) ».

Et les textes à l'appui sont nombreux. « Coutume est en Champagne, disent les lois de Thibaut (art. 29), que là où les mainmortes sont, trois choses partent hommes de *poeste*, c'est assavoir aâges, mariage, feux et lieux (3). »

L'âge, le mariage, le domicile séparé, tels sont donc les trois modes d'émancipation tacite. Nous pouvons y joindre l'arrivée à certaines dignités ; mais ce dernier cas sera bien peu fréquent dans le droit coutumier, parce que ces dignités seront bien rarement confiées à des mineurs.

1^o EMANCIPATION PAR MARIAGE. — Pour que le mariage pût opérer la dissolution des droits de puissance paternelle, il fallait que le père y eût donné son consentement formel. « Fils qui est » marié avec l'assentiment de son père et a sa femme épousé » est émancipé par la Coutume (4) avec une restriction toutefois

(1) Art. 7.

(2) *Notes sur Loysel*. L. 1, t. 4, n^o 2. Ed. Laboulaye.

(3) Mêmes décisions : Vitry (art. 141). — Châlons, *procès-verbal* (art. 3) *au titre des gens de Mainmorte*.

(4) *Cout. de Bretagne*, art. 499.

que nous devons signaler : « l'homme et femme qui sont mariés » ensemble et sont mineurs ne sont hors de curatelle jusqu'à tant » qu'ils aient 20 ans (1) ».

Mais il ne faut voir là qu'une précaution prise en faveur du patrimoine, car la puissance paternelle était réellement détruite.

Presque toutes les coutumes font mention de cette émancipation par le mariage, et Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, en parle comme d'une règle générale : « Enfants mariés sont tenus » pour hors pain et pot. »

« Hommes et femmes mariés sont tenus pour émancipés. »

Une coutume locale d'Alloue-sous-Artois (2), énumérant les trois cas dans lesquels il est permis d'aliéner l'héritage paternel, dit que l'un de ces cas est celui où on le donne en dot de mariage à son enfant, « que l'on dit vulgairement dans ce cas mettre hors » son pain et pot. »

Nous pourrions multiplier ces citations à l'infini, car on peut dire que presque tous les pays de coutumes et même certains pays de droit écrit, notamment ceux qui ressortissaient au Parlement de Paris, admettaient le principe de l'émancipation par le mariage. Quelques-unes différaient seulement quant à la manière de l'appliquer.

Les coutumes de Normandie, d'Auvergne, de la Haute-Marche et de Montargis déclaraient que l'homme et la femme mariés étaient hors de puissance, tutelle, garde ou curatelle, mais elles faisaient une exception à l'égard du droit d'aliéner les immeubles.

Dans le duché et le comté de Bourgogne, ainsi que dans le Poitou, l'Angoumois et la Franche-Comté, les filles seules étaient émancipées par le mariage; les mâles nobles devaient être émancipés expressément, et les roturiers devaient, après leur mariage, avoir habité pendant l'an et jour une demeure séparée de celle de leur père.

Dans le Bourbonnais (an 166), le père avait le droit, en mariant son fils, de le retenir sous sa puissance; la fille seule était émancipée de plein droit.

A Melun, le mariage n'émancipait pas quant aux fiefs, et ne pouvait pas tenir lieu de majorité féodale.

(1) *Cout. de Bretagne*, art. 472.

(2) Art. 14.

Les Coutumes de Senlis, Péronne, Amiens, Ponthieu, Boulenois, Artois, Chauny, Vitry, Chaumont, Maine et Anjou, sont muettes sur ce point. Mais la Coutume d'Artois, qui ne parle pas de l'émancipation par le mariage, dit que la fiancée sera sous la puissance du fiancé, même avant le mariage. Elle sort donc à ce moment de la puissance de son père. La Coutume d'Auvergne (1) a une disposition analogue.

Qu'arrivait-il lorsque l'enfant mineur marié et par conséquent émancipé, devenait veuf avant sa majorité? On admettait généralement qu'il ne retombait pas sous la puissance paternelle (2).

Nous avons cité tout-à-l'heure quelques Coutumes dans lesquelles le mariage ne produisait l'émancipation que dans le cas où le fils, en se mariant, quittait le domicile paternel. Et l'on faisait ici une distinction subtile. Si le fils, prenant une demeure séparée, recevait son père chez lui et, de cette façon, continuait à avoir avec lui une habitation commune, il était considéré comme ne devant pas être assimilé à celui qui restait dans la maison paternelle et il devenait maître de ses droits.

Dumoulin, s'appuyant sur ces textes, avait voulu soutenir que le mariage n'émancipait qu'autant qu'il était suivi d'une séparation effective des nouveaux époux et de leurs parents. Mais cet avis n'a pas prévalu.

Nous avons cité aussi quelques Coutumes qui n'appliquaient qu'aux filles la règle de l'émancipation par mariage, tandis que d'autres, au contraire, laissaient les filles sous la puissance de leur père, même lorsqu'elles étaient mariées. « *De consuetudine regni Franciæ*, disait Faber, *uxor transit in potestatem viri nec tamen cam eximit a potestate patris* (3) ».

Mais Loysel formule une opinion absolument opposée : « Femmes » franchises sont en la puissance de leurs maris, non de leurs pères (4). »

On peut concilier ces deux textes en appliquant la règle de Loysel à certaines Coutumes seulement (5); mais cette concilia-

(1) Art. XIV, 1.

(2) D'Argentré sur l'art. 40 de la Cout. de Bretagne. — Bourbonnais, art. 156. — Marche, art. 498. — Hainaut, 94, art. 6. — Audenarde, 1088.

(3) J. Faber. *Inst. de sen. cons. Tertull*, n° 2.

(4) Règl. 122.

(5) Nivernais, Bourgogne, Auvergne, Bourbonnais.

tion sera plus complète encore, si l'on applique le premier aux pays de droit écrit et le second au pays de Coutumes. Nous savons, en effet, que dans le dernier état du droit romain, le mari acquérait un pouvoir sur son épouse, mais que la puissance paternelle véritable demeurerait entre les mains du père.

Du reste, en pays coutumiers, cela ne présentait qu'un intérêt secondaire, puisque la règle ne pouvait s'appliquer qu'aux femmes mariées encore mineures et que la majorité venait toujours les rendre libres de l'autorité paternelle.

61. *Suite.* — II^o DE L'ÉMANCIPATION PAR DEMEURE SÉPARÉE. — « Feu et lieu font mancipation, » dit Loysel (1).

Ce n'est que la traduction laconique de l'art. 7 de la Coutume de Châlons que nous avons déjà cité : « Enfants sont en la puissance..., à moins qu'ils ne soient âgés..., ou tenant maison et » faisant fait à part au vu et au su de leur père. »

Donc le fils devenu *chef d'hostel* est émancipé. Ce principe était admis par presque toutes les Coutumes.

Mais combien de temps devait durer la séparation d'habitation pour produire ce résultat ? Il est évident, en effet, que nous nous trouvons en présence d'une sorte de prescription qui s'accomplit contre le père, et il s'agit de savoir si cette prescription sera instantanée ou si elle demandera un espace de temps plus ou moins prolongé.

Quatre opinions ont été émises sur ce point.

Nous écarterons tout d'abord, pour ce qui regarde les pays de Coutumes, les deux premières qui, parlant de délais de dix ou vingt ans, ne sauraient s'appliquer qu'aux pays de droit écrit où la durée indéfinie de la puissance paternelle leur permettait seule de s'accomplir ; et encore ferons-nous observer que, malgré les règles romaines de la prescription de vingt ans, la jurisprudence des parlements de Provence, de Toulouse et de Besançon, n'admettait jamais que le délai de 10 ans (2).

Il ne reste donc plus que les deux systèmes qui soutiennent soit la prescription instantanée, soit celle qui s'accomplit par le délai de l'an et jour.

(1) Règle 56.

(2) Roche Flavin, t. XXIV, art. 1. — Videl sur Catelan, t. IV, ch. LI.

Dans la première de ces deux opinions, on admettait que le fait seul de quitter le domicile paternel pour aller s'établir ailleurs, sans qu'une réclamation se produisit de la part du chef de famille, suffisait pour opérer l'émancipation.

Ceci semble bien rigoureux, car il aurait fallu que le père protestât sans aucun délai, ce qui très souvent eût été difficile.

Et ensuite, qu'est-ce qu'une prescription, sinon la présomption légale qu'un fait que l'on suppose accompli sans en avoir de preuves, l'a été réellement ? Il aurait donc fallu toujours un certain délai pour que l'enfant *faisant fait à part de son père* fût considéré comme l'ayant fait avec le consentement de celui-ci.

Il reste donc la prescription par l'an et jour qui semble la plus rationnelle. Mais ici, nous nous trouvons en face d'une autre difficulté. Les Coutumes qui en parlent formellement (1) l'appliquent aux seuls enfants mariés, ce qui, loin de donner un appui à la thèse de l'émancipation par habitation séparée, en détruirait le principe et semblerait de plus n'admettre l'émancipation par le mariage qu'autant que les enfants mariés quitteraient la maison de leurs parents.

« Fils d'aucun roturier *marié* qui a demeuré en son ménage » hors de l'hôtel et compagnie de son père par l'an et jour, est » dès lors taisiblement émancipé et usant de ses droits sans qu'il » soit besoin d'autre émancipation (2). »

On serait tenté de ne voir là qu'une condition de plus mise à l'émancipation par mariage. C'est ce qui avait lieu probablement à l'origine, mais plus tard, les deux modes devinrent indépendants l'un de l'autre.

Bien que cette question demeure obscure, il semble que ce dernier système soit le plus conforme aux règles coutumières et le mieux fondé en droit, parce qu'il se rapproche davantage des principes de la prescription ordinaire.

Nous devons citer la Coutume de Hainaut, comme n'admettant pas l'émancipation par habitation séparée. Elle appuyait sa décision sur cette raison qu'un tel mode d'émancipation supprimerait purement et simplement toutes les garanties de publicité dont un acte aussi grave doit nécessairement être entouré. Et ce-

(1) Poitou, 312. — Saintenge, 2. — Angoumois, 120.... etc.

(2) Poitou, 312.

pendant était-ce, même dans cette Coutume, une règle absolue ? Il est permis d'en douter, car il existe un arrêt de Mons, en date de 1705, cité par Merlin, et par lequel un fils mineur, mais qui avait une demeure séparée de celle de son père, fut admis à plaider sans l'autorisation de celui-ci (1). Il faut donc admettre que, dans certains cas, la règle fléchissait.

Quoi qu'il en soit, la demeure séparée n'émancipait qu'autant que l'enfant avait quitté son père de son plein gré et non pas en raison de circonstances particulières, comme s'il s'agissait, par exemple, d'une jeune fille que l'indigence de sa famille forçait à aller en service dans une maison étrangère.

C'était là une condition essentielle ; certaines Coutumes en avaient ajouté d'autres.

En Bourgogne, on n'admettait l'émancipation par habitation séparée qu'autant que les enfants avaient quatorze ans. « Les » enfants de 14 ans puet estre ses sires et ester en jugement, se » il tient feu et lieu, ja soit que son père vive (2) »

Nous avons dit la même chose de la Bretagne où l'on exigeait même l'âge de 25 ans. Mais il n'est ici question, nous le répétons, que de l'émancipation donnant à l'enfant la capacité d'aliéner, ce qui n'est plus dans notre sujet.

La Coutume de Bordeaux posait une règle identique. Mais Bordeaux était un pays de Droit écrit où la puissance durait toute la vie du père. Ce n'était donc qu'une exception apportée par un usage local aux règles rigoureuses du Droit Romain.

Le Poitou n'admettait l'émancipation tacite que pour les roturiers. Après avoir tracé dans l'article 312 la règle que nous venons de citer, la Coutume ajoutait : « Autre chose est d'un en- » fant noble qui, pour être marié ou pour demeurer hors de la » maison de son père, n'est émancipé ; ainsi, il convient qu'il y ait » émancipation expresse. » (3)

On peut conclure de cet examen de diverses coutumes que si la règle de l'émancipation tacite était admise partout, les modes d'application étaient souvent bien différents. C'est cette multiplicité de décisions diverses sur des points analogues, qui empêche de poser nettement les bases de systèmes précis.

(1) Merlin, *Rep. gen.*, puis. pat. Sect. VI, § 2.

(2) Anc. Cout., t. III, art. 18.

(3) Art. 313.

62. *Suile.* — III^e DE L'ÉMANCIPATION TACITE RÉSULTANT DE L'ARRIVÉE DE L'ENFANT A CERTAINES DIGNITÉS. — Nous avons vu en Droit romain quelle extension Justinien avait donnée à l'émancipation résultant de l'exercice de certaines fonctions par le fils de famille.

Selon toute apparence, c'est par une réminiscence des règles romaines que le droit coutumier posa aussi ce principe. Car, en pays de coutume, le fils devait être presque toujours majeur à l'époque où il pouvait être revêtu des dignités auxquelles était attaché ce bénéfice, et par conséquent, les applications devaient être extrêmement restreintes.

Cependant, déjà au XIII^e siècle Pierre de Fontaines disait :
« Si le filz qui est en bail est faiz maire ou bailliz ou autres grans
» sires et ses pères est tenanz une contrée, ses preuz (avantages)
» est creuz (augmentés) par sa grant dignité. » (1)

La Coutume de Courtrai, qui mentionne formellement ce mode d'extinction des droits du père, était une des rares coutumes dans lesquelles la majorité ne brisait pas les liens de la puissance paternelle, laquelle subsistait, « même après l'arrivée de l'enfant à
» l'âge de 25 ans, à moins d'émancipation, prestrise ou autres
» états par lesquels, selon les dispositions du droit, on devient
» maître de soi. » Nous avons déjà cité ce texte.

La prêtrise émancipait donc ; il en était de même des dignités de gouverneur de province et de lieutenant général des armées.

Que décider pour les présidents, avocats ou procureurs généraux ? Serres, dans ses *Institutes du droit français*, répond : « Par-
» mi nous il n'y a tout au plus que les premières dignités de
» l'église, de la robe et de l'épée, qui aient le privilège d'affranchir de la puissance paternelle. Mais on n'a pas vu pratiquer
» le même privilège quant aux charges de présidents, avocats
» généraux, maîtres des requêtes et autres, quoiqu'il leur soit
» accordé libéralement par quelques auteurs (2) ».

C'était aussi l'avis du président Bouhier, qui disait que la dignité de sénateur n'étant pas suffisante à Rome pour opérer l'émancipation ; à plus forte raison, devait-il en être de même de celle d'un président de Cour, même souveraine.

(1) Ch. 24, 68.

(2) L. I, chap. XII, § 4.

En Bretagne Poullain du Parc nous dit que le mineur revêtu d'une dignité quelconque n'était pas pleinement émancipé.

« On dit communément qu'un mineur qui a un bénéfice ou un » office est émancipé de plein droit pour ce qui en concerne les » fonctions, de même que le mineur négociant. Mais c'est plutôt » une majorité relative et bornée qu'une émancipation. Ainsi » pour tout ce qui n'y a pas de rapport, le mineur peut être » encore en tutelle (1) ».

Cette théorie se rapproche beaucoup des principes admis en droit romain sur cette matière.

63. *Suite.* — IV^e DE L'ÉMANCIPATION EXPRESSE. — En dehors de ces émancipations, qui se produisaient sans que la volonté du père de donner pleine liberté à son enfant se fût manifestée d'une manière apparente, les Coutumes reconnaissaient l'émancipation formelle accomplie par acte public.

Elle n'était pas aussi fréquente que dans le droit romain; et elle ne devait pas l'être, puisqu'à un âge peu avancé, l'enfant échappait légalement et forcément à la puissance de son père.

Cependant elle se produisait assez souvent encore, pour que la Coutume ait été obligée de s'occuper de la réglementer.

Bouteiller, dans sa *Somme rurale* (2), nous parle d'une émancipation faite à *l'usage et coutume du pays*, ce qui prouve que des règles précises existaient en cette matière : « Il advint, » dit-il, « que M^{me} de Raisse voulust mettre hors de son pain et » mainbournie Mademoiselle de Wixte, sa fille, qu'elle avait eue » de feu Mgr de Raisse, son mari ; car bien que ladite demoiselle eût seize ans ou environ, si l'avait toujours ladite dame eue en son gouvernement. Si demanda ladite dame conseil » comment se pourrait dûment faire et en eust le conseil de tous » les plus sages coustumiers de la Châtellenie de Lille et de » Tournesis où ladite dame avait le sien. Conseillé lui fust » qu'elle la fit par loi par devant le seigneur de qui elle tenait » ou tiendrait le plus de ses possessions et où elle était le plus » apparent à faire résidence et par devant le souverain. Pour- » quoi elle se trait par devant le baillif de Vermandois et puis

(1) L. I, ch. XIII, n^o 246.

(2) Liv. I. T. 100.

» fust dit par loi que le émancipement que voulait faire ladite
» dame se pourrait faire à l'usage et coustume du pays, et que
» bien dûment avait icelle dame, Jeanne sa fille émancipée et
» mise hors de son pain et mainbournie » (xiv^e siècle).

C'est un des plus anciens exemples cités par les auteurs d'émancipation faite en pays de coutume. Mais il nous montre, par les termes mêmes dans lesquels il est raconté, que d'autres cas avaient dû déjà se présenter puisqu'il y avait une jurisprudence formée. On cite, en effet, en Bourgogne, une émancipation faite en 1272 par le duc Hugues IV, lorsqu'il voulut donner son duché à son fils Robert (1).

Plus tard, nous trouvons une charte datée du 17 février 1331, qui parle également d'une émancipation faite par Philippe de Valois et destinée à rendre son fils capable de recevoir le duché de Normandie et les comtés du Maine et d'Anjou (2).

Une autre charte du 6 septembre 1363 émanant de Jean II déclare son fils Philippe émancipé; « *extra potestatem nostram* » *posuimus et ponimus per præsentes* (3). »

Quel était le cérémonial employé? Un formulaire du bailliage de Chartres, cité par le président Bouhier, dit que le fils à genoux, posant ses mains dans les mains de son père, suppliait de l'émanciper. Alors le père, tantôt lui ouvrait les mains qu'il tenait jointes, tantôt lui frappait sur la tête ou sur la joue en le déclarant libre de sa puissance.

Un autre acte en date du 31 décembre 1370 donnait une manière différente de procéder; l'émancipant rompait un morceau de pain et en donnait un fragment à son fils pour indiquer qu'il le mettait, selon le langage Coutumier, hors de son pain et pot. « Te- » nez, disait-il, je vous mancipe de mes biens mobles et héri- » taiges présents et advenir et de mes maulx et debtes aussi, et » vous en desvez et ne veulx que en aulcune menière vous y » prenez ne metetez mas vuille que vous faciez et pensies faire » vostre mieux et je le mien, si come bon nous sembleray » (4).

On voit par cette formule que l'émancipation entraînait l'exhé-

(1) Perard. *Recueil de pièces curieuses*, p. 521.

(2) Du Tillet. *Recueil des rois de France*, p. 297. Ed. de 1603.

(3) Citée au répertoire de Guyot, *Puis. pat.*, p. 417. Ed. de 1782.

(4) Simonnet, p. 535.

rédation. L'enfant sortait de la famille d'une manière complète. C'était la règle primitive que nous retrouvons en Angleterre : « *Item per emancipationem solvitur patria potestas, ut si quis filium suum forisfamiliaverit cum aliquâ parte hære-* » *ditatis suæ secundum quod antiquitus fieri solet* » (1).

Du reste ceci disparut peu à peu, et l'émancipation ne tarda pas à n'être plus une exclusion de l'enfant de tous les droits qu'il puisait dans ses liens de famille.

Le magistrat devant lequel devait s'accomplir l'émancipation n'était pas le même dans toutes les Coutumes. En Poitou, c'était devant le juge ayant au moins moyenne justice (2).

A Liège, c'était « par devant la haute justice, ou celle du domicile » (3).

A Gand et à Termondes, on exigeait la présence ou du moins l'avis des proches parents et alliés, et l'acte était dressé devant les échevins (4).

A *Brusselles*, la déclaration des père et mère devait se faire devant l'Amman et quatre échevins (5).

Les Coutumes du Berry et de Montargis, au contraire, ne posaient pas de règles strictes pour les formes à suivre. « Et n'est » requise », dit la première, « la solennité de droit en l'émancipation des enfants » (6) pourvu toutefois qu'ils soient âgés de » 7 ans et que la cause pour laquelle se fera ladite émancipation » soit au profit des enfants. »

La seconde est plus générale encore et dit que l'émancipation peut se faire « tant en jugement que dehors, présence ou absence » des enfants (7).

Toutes les règles sur ce point étaient donc variables, mais cependant la généralité des Coutumes s'accordait à ne pas considérer comme valable l'émancipation faite devant notaire.

La Coutume d'Alsace l'admettait, mais elle exigeait ensuite l'homologation du tribunal du lieu. Ce n'était donc en réalité qu'une formalité de plus.

(1) Bracton, *de lege Angliæ*. Lond. 1640. Tit. I Cap. X. § 1.

(2) Art. 311.

(3) Ch. 1, art. 6.

(4) Cout. de Gand. *Rubr.* 21. 2. — Cout. de Termondes, *Rubr.* 13. 2.

(5) Titre 18, art. 267.

(6) Titre 1, art. 5.

(7) Ch. 7, art. 8.

On semblait faire une exception pour les émancipations faites par contrat de mariage. Mais est-ce bien réellement une exception, car c'était le mariage lui-même et non pas l'acte passé devant le notaire, qui produisait l'émancipation.

Catelan, toutefois, est d'un avis opposé et soutient que le notaire peut recevoir les émancipations (1). Il se fonde sur des arrêts du Parlement de Toulouse. Mais qu'est-ce que cela prouve, sinon que le Parlement de Toulouse avait une jurisprudence différente. Encore n'est-ce pas absolument certain, puisque les auteurs citent des arrêts opposés de ce même Parlement.

En Anjou et dans le Maine on laisse le père libre de prononcer l'émancipation soit devant le juge, soit devant le *tabellion* assisté de témoins.

Mais cependant on peut poser en règle générale qu'il faut la présence du magistrat.

La présence de l'enfant sera-t-elle également nécessaire ? Pas toujours ; la Coutume de Lorraine dit que le père peut émanciper son enfant *présent ou absent* (2).

La Coutume de Montargis posait la même règle. Mais si la présence de l'enfant n'était pas nécessaire, on peut se demander si par là même le père n'avait pas la faculté d'émanciper son fils sans que celui-ci eût à y consentir.

Ce n'était pas la règle posée autrefois par le livre de justice et de plet qui exigeait le consentement des deux parties. « L'on » doit regarder le consentement de l'un et de l'autre ou par » action ou par contredit. »

Ce n'est pas non plus celle que l'on suivait en Bretagne. L'article 498 de la Coutume, dit en effet : « Le père ne peut émanciper » son fils si l'enfant ne le requiert, car en ce que le père l'émancipe c'est au préjudice de l'enfant comme en sa faveur, et » l'enfant ne peut le requérir quand il est mineur ».

Il y a ici une difficulté qui se présente. Si l'enfant ne peut être émancipé que sur sa demande et qu'il ne puisse faire cette demande qu'étant majeur, à quoi servira la règle ? Elle ne pourra être appliquée qu'à une époque où l'émancipation elle-même sera inutile.

(1) T. IV, ch. 52.

(2) T. IV, art. 14.

On pourrait expliquer cette disposition, nous semble-t-il, en se rappelant que l'enfant non marié et habitant encore avec son père, était en Bretagne, même après sa majorité, soumis à la puissance de son père, en ce sens qu'il ne pouvait ni aliéner ni ester en jugement sans le consentement formel de celui-ci. Dans ce cas, l'émancipation aurait fait disparaître cette demi-puissance que les auteurs assimilent à une simple tutelle. Mais cette explication, en tout cas, ne pourrait servir qu'à l'origine, puisque nous avons vu qu'on finit par admettre, qu'après 25 ans, l'enfant était pleinement capable. De plus, même dans cette Coutume, on faisait exception à la règle posée, et l'on permettait au père de mettre son fils hors de sa puissance sans que celui-ci y consentit, quand il ne pouvait réussir à le corriger et que sa mauvaise conduite obligeait le chef de famille à payer des réparations civiles. « *Cum effrænum pater filium coercere nequit et cum* » *pro eo teneatur ad civiles pœnas* (1) »

Dans cette même Coutume, lorsque le père était mort, il fallait, pour que l'on procédât à l'émancipation de l'enfant, en outre du consentement de celui-ci, l'avis de douze parents, six de chaque *estoc*. Lorsque cet avis était favorable, la Chancellerie délivrait des lettres d'émancipation qui devaient ensuite être entérinées par le juge du domicile du mineur, et enregistrées par ceux des pays où le mineur avait des biens (2)

Mais l'émancipation dont il est question ici avait pour résultat de mettre fin non à la puissance paternelle, mais à la tutelle.

Lorsque le père changeait de domicile et que le pays où il allait s'établir suivait des règles différentes pour les formes de l'émancipation, que décidait-on ? Supposons, par exemple, qu'un père dont l'enfant est né à Liège, aille pendant la minorité de cet enfant se fixer à Bourges. Cet enfant devra-t-il être émancipé à la coutume de Liège, c'est-à-dire solennellement devant la haute justice, ou suivra-t-on, au contraire, les prescriptions de la Coutume de Bourges où nulle solennité n'est requise ?

Comme c'est ici une question de forme, on décide qu'il faut suivre les usages du pays dans lequel on se trouve lors de l'accomplissement de l'acte. Si, au contraire, il s'agissait du droit d'é-

(1) d'Argentré, art. 498. *Antiquiss. consuet.* Glossa, 2, in fine.

(2) d'Argentré. *Anc. Cout.*, art. 498.

mancipation lui-même et que la coutume du lieu de la naissance de l'enfant ne la permettrait pas, il ne pourrait pas y être procédé, quand bien même les usages du lieu, où l'enfant se trouve actuellement, l'autoriseraient.

A quel âge pouvait-on émanciper? Nous ne pouvons encore ici faire de réponse catégorique; cet âge était absolument variable. Tandis que la Coutume de Clermont disait que l'enfant, [en puissance du père, pouvait être émancipé après 7 ans (1); celle de Valenciennes ne le permettait qu'à 15 ans (2).

En Bretagne, il fallait que l'enfant eût 17 ans accomplis, s'il était roturier; 20 ans, s'il était noble (3).

Ces exemples pourraient être variés à l'infini.

Il y avait également divergence sur la question de capacité du mineur après son émancipation.

Quelques coutumes, parmi lesquelles celle d'Alost (4), déclaraient que l'enfant émancipé demeurerait en curatelle; d'autres, au contraire, qui ne permettaient pas l'émancipation avant 18 ans, comme la Flandre et le Hainaut, laissaient à cet âge les enfants émancipés absolument maîtres de leurs droits.

Le père de famille pouvait, dans certaines circonstances, être contraint à émanciper son enfant. On citait quatre cas différents.

C'était : 1° Quand il avait accepté un legs fait sous cette condition;

2° Quand il maltraitait l'enfant;

3° Quand il corrompait ses mœurs et l'excitait à la débauche;

4° Enfin quand il l'abandonnait ou lui refusait des aliments.

L'autorité publique se substituait à ce père indigne et le forçait à faire l'abandon du droit dont il abusait.

En terminant cet aperçu des droits du père de famille en pays de Coutumes, nous dirons quelques mots d'une question que l'on peut traiter à l'occasion de tous les droits en général et qui, dans notre ancienne législation, avait de fréquentes applications.

Cette question est celle des statuts.

(1) Art. 872.

(2) Art. 76.

(3) Art. 495. *Arrêt du 4 juillet 1679.*

(4) Art. 1122.

64. — *Digression sur les modifications que pouvait apporter aux droits du père son changement de domicile.* — Nous n'avons pas à étudier ici ce que l'on entend par statuts en général, et la division de notre sujet nous dispense même de poser la distinction qui sépare le statut personnel du statut réel.

Les droits de puissance, dont nous nous occupons, appartiennent tous au statut personnel, puisque nous laissons de côté tout ce qui a rapport aux droits du père sur les biens de ses enfants.

Mais, même à ce point de vue restreint, cette question avait une grande importance. Les règles coutumières variaient tellement que la même personne, obligée par les circonstances de se transporter et de s'établir dans des pays, même très voisins du sien, pouvait, du moins avant l'introduction de la théorie des statuts, se trouver en face d'usages diamétralement opposés à ceux qu'elle suivait auparavant.

Dans les rapports du père avec ses enfants, ces difficultés se présentaient à chaque instant.

Prenons un père de famille établi en Provence, pays de droit écrit. Il lui naît un fils qui sera soumis pendant toute sa vie à la puissance paternelle. Ce même père transporte son domicile en Bourgogne où la majorité met fin à tous les droits de puissance.

Un second fils vient à naître après son établissement dans ce nouveau pays. Si l'on suit la règle généralement admise en matière de statut, et que l'on décide, par conséquent, que l'état et les droits de l'enfant seront fixés par les lois du lieu de sa naissance, il y aura dans cette famille un fils aîné soumis au pouvoir paternel, alors que le cadet sera, depuis longtemps, maître de ses droits.

C'est là cependant un résultat que l'on ne peut éviter.

La question sera moins grave, mais elle n'en demeurera pas moins d'une grande importance, si au lieu de l'existence même de la puissance paternelle qui est en jeu, c'est sa durée, et si par exemple le père, au lieu de quitter un pays de droit écrit pour aller dans un pays de coutumes, va d'un pays de coutume dans un autre et voit son fils né dans le premier devenir majeur à 25 ans seulement, alors que le cadet, né dans le second, le sera à 18.

Les auteurs posent une règle générale sur ce point : le statut personnel, disent-ils, est régi par la loi du domicile d'origine.

La puissance paternelle, dit d'Argentré, (1) est un bien inestimable, et ne doit pas être soumis aux vicissitudes que le hasard des différents domiciles pourrait faire naître; et Boullenois exprime la même idée quand il dit : « La puissance paternelle est » fondée dans la nature, elle naît de la paternité et il semble que » ce soit le lieu de la naissance qui en doive fixer les droits et » que ces droits doivent être immuables et indépendants de tout » changement de domicile (2). »

Mais quel sera le domicile d'origine ? Nous placerons-nous pour l'étudier au point de vue de la personne du père, ou au point de vue des enfants ? Si nous posons en principe que le père a des droits comme les enfants, plus que les enfants ; qu'il a acquis ces droits le jour de son mariage pour toutes les conséquences qui pourront en résulter, que ferons-nous de ces droits quand un changement de domicile, changement amené, nous le répétons, par des circonstances indépendantes de sa volonté, viendra les lui faire tomber des mains ?

Sans doute l'enfant acquiert lui aussi des droits le jour de sa naissance, mais ceux de son père sont préexistants, surtout si nous admettons ce que nous appellerons le *droit à des droits* éventuels et encore sans applications.

Dans cette hypothèse on éviterait cette anomalie de deux enfants, tous deux habitant la maison paternelle et soumis, quant à leur état, à des lois différentes.

Cependant nous devons reconnaître que nous étudions ici une question de statut personnel. Il est par conséquent plus logique de se placer, pour l'examiner, au point de vue de la personne qui est la plus directement intéressée dans la cause. Et, du reste, une discussion de ce genre ne peut avoir aucun intérêt pratique, historiquement parlant, car tous les auteurs, dans le Droit coutumier, assignent à l'enfant pour domicile d'origine le lieu de sa naissance.

Nous quittons le Droit coutumier à l'époque de la Révolution. Nous avons vu à Rome la puissance paternelle revêtir la forme d'une véritable royauté ; dans la France coutumière la fa-

(1) *Anc. Cout.* Art. 457.

(2) *Traité des Statuts.* T. II, p. 33.

mille a changé de caractère. Le père en est bien encore le chef, mais la personnalité des autres membres ne s'efface pas tout entière devant la sienne. L'idée de protection, qui domine dans la législation, se retrouve ici dans toute sa force. Mais le père protecteur de ses enfants, n'est pas pour cela le père esclave et annihilé de la plupart de nos familles actuelles.

Il sait faire respecter son autorité, tout en respectant lui-même la faiblesse de ceux qui lui sont soumis, et nous trouvons dans cette situation du père de famille du moyen-âge une preuve nouvelle que ce sont les mœurs et non les lois qui font les familles unies et bien réglées. Le XVIII^e siècle devait, avec sa corruption, battre en brèche la hiérarchie de la famille que les lois révolutionnaires, sur lesquelles nous allons jeter un coup d'œil, allaient essayer de détruire de fond en comble.

CHAPITRE III

DROIT INTERMÉDIAIRE

65. *Atteintes portées au droit de puissance paternelle par les lois de la Révolution.* — Les lois relatives à l'organisation de la famille, votées par les Assemblées qui se sont succédé depuis le 5 mai 1789 jusqu'au Consulat (novembre 1799), sont en petit nombre, mais elles portèrent des atteintes graves au principe d'autorité du père de famille.

L'Assemblée constituante commença par établir un tribunal domestique dans lequel elle fit entrer les parents les plus proches et auquel elle confia le pouvoir de surveiller le père et de contrôler ses décisions à l'égard de ses enfants.

L'article 15 de la loi promulguée le 24 août 1790, et consacrée à l'organisation judiciaire, disait : « Si un père, une mère, un » aïeul ou un tuteur a des sujets de mécontentement grave sur la » conduite d'un enfant ou d'un pupille dont on ne puisse plus ré- » primer les écarts, il pourra porter ses plaintes au tribunal » domestique de la famille, assemblé au nombre de huit parents » les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en » réunir en plus grand nombre, et à défaut de parents, il y sera » suppléé par des amis ou voisins. »

On mettait ainsi le père sous la dépendance de ce conseil de famille auquel on déléguait une partie de son autorité.

L'article 16 disait ensuite : « Le tribunal de famille, après avoir » vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est » âgé de moins de 21 ans accomplis, sera enfermé pendant un

» temps qui ne pourra excéder celui d'une année dans les cas les
» plus graves. »

Nous trouvons ici l'origine et les bases de notre système de correction actuel. Mais le Code a donné au président du tribunal les pouvoirs que la loi de 1790 accordait aux parents qui formaient le tribunal de famille.

Cependant l'intervention du pouvoir judiciaire était déjà également exigée.

En effet, d'après l'article 17, l'arrêté ne pouvait être exécuté qu'après avoir été présenté au président du tribunal du district qui en ordonnait ou refusait l'exécution, ou qui tempérait les dispositions après avoir entendu le commissaire du roi chargé de vérifier, sans formes judiciaires, les motifs qui avaient déterminé la famille.

Cette loi fut défendue et appuyée par Mirabeau qui, pendant toute sa jeunesse, avait été soumis aux rigueurs d'un père inflexible. Ces rigueurs avaient pu être justifiées à l'origine par les écarts de sa conduite, mais elles avaient dépassé le but et fait grandir dans l'âme du premier chef de la Révolution la haine d'un pouvoir derrière lequel il n'avait jamais vu paraître la bonté paternelle.

Cette dureté dans l'exercice de la puissance paternelle était un des signes de la décadence de la famille. Le père essayait de ressaisir une autorité qu'il sentait de plus en plus glisser de ses mains ; mais il préparait des réactions dangereuses. On a cité des hommes parvenus à l'âge mûr, des prêtres même, détenus dans les prisons par les ordres de leur père, et parmi les quelques prisonniers que renfermait la Bastille en 1789, la plupart subissaient un châtiment infligé par leurs parents.

Souvent encore, ceux-ci sollicitaient du roi des lettres de cachet et faisaient exiler les enfants rebelles. Il y avait là assurément un abus et un oubli des devoirs des parents à l'égard de leurs enfants ; mais ces abus étaient certainement isolés. On comprend néanmoins que lorsque la voix éloquente de Mirabeau venait en faire le récit à la tribune d'une assemblée comme l'Assemblée constituante, tous ces hommes, qui ne parlaient que de libertés et de réformes, devaient être portés à les généraliser et à envelopper dans une même défiance les pères encore dignes de ce nom et ceux qui avaient méconnu leurs devoirs.

La loi de 1790 fut le premier indice de cette défiance. Elle avait le tort de mettre le père et le fils en contradiction ouverte et, en quelque sorte, publique. C'était un procès qui se jugeait, devant le tribunal, domestique il est vrai, mais qui, dans tous les cas, avait une issue fâcheuse. Le père triomphait-il, ce n'était pas sans que le fils eût assisté à une discussion qui redoublait ses ressentiments. Était-il, au contraire, désapprouvé, il sortait du débat amoindri et désarmé vis-à-vis de son fils.

On a voulu justifier cette institution des tribunaux de famille, en disant que c'était une réminiscence du Droit romain. Mais il est impossible de faire un rapprochement de ce genre. A Rome, le père siégeait comme juge; les parents donnaient seulement leur avis. Ici, le père était, en quelque sorte, un accusé; il devait se défendre en présence de son fils; en un mot, au lieu d'être magistrat souverain, il n'était que partie dans un procès.

De plus, la loi de 1790, comme un grand nombre de celles qu'on fit précipitamment à cette époque, était incomplète. Elle ne posait aucune distinction suivant l'âge ou la situation de l'enfant, et cependant, dans une loi de ce genre, cela eût été indispensable, d'autant plus que les divergences sur la durée de la puissance paternelle subsistaient encore à cette époque.

Cette question de la fixation de l'âge de la majorité ne fut tranchée qu'en 1792 (Loi du 20 septembre 1792). On adopta à cette époque l'âge uniforme de 21 ans pour toute la France. On abaissait ainsi la limite déterminée par les coutumes qui avaient alors presque toutes admis la majorité romaine de 25 ans.

La loi du 28 août 1792, qui abolissait la puissance paternelle sur les majeurs, disait encore que les garçons, à 15 ans, les filles à 13, pourraient contracter mariage après avoir, toutefois, obtenu le consentement de leur père ou celui de leur mère quand le père était mort.

Les aïeuls et aïeules des orphelins n'étaient pas consultés et on donnait à un conseil de famille de quatre membres réunis sous la présidence du juge de paix le soin de consentir au mariage ou de s'y opposer.

Si le conseil refusait son consentement, on ajournait la décision ultérieure à un mois, et après ce délai le refus ne pouvait être maintenu que dans le cas d'inconduite ou de non réhabilitation

de l'enfant. C'est là la seule loi que l'assemblée législative ait faite sur la puissance paternelle.

Après elle, l'œuvre de destruction de la famille se poursuivit avec plus d'acharnement encore. « La voix impérieuse de la raison s'est fait entendre, » disait-on à la Convention, « il n'y a plus » de puissance paternelle. » La loi du 4 juin 1793 vint proclamer l'égalité des enfants naturels et des enfants légitimes. Ce n'était pas assez; Cambacérès, le 9 brumaire an II, voulait étendre l'assimilation aux enfants adultérins et incestueux. « Les différences » établies entre les enfants légitimes, adultérins et incestueux, » » disait-il, » sont nées de l'orgueil et de la superstition; elles sont » ignominieuses et contraires à la justice. »

Enfin, le divorce, avec toutes ses conséquences, établi par la loi du 7 septembre 1793, acheva de briser les liens du foyer domestique. Il suffit de lire les auteurs du temps pour se rendre compte des effroyables désordres qui en furent la conséquence.

Si ces lois avaient été maintenues dans notre législation, elles auraient fait disparaître tous les vieux principes de notre droit sur la famille; mais, quoique le Code civil n'ait pas pu se soustraire d'une manière complète à leur influence, aucunes d'elles ne subsista dans son intégrité.

Nous avons suivi dans cette seconde partie les variations du droit en France depuis les temps où la vieille race celtique disparaissait devant les armées romaines.

Nous avons vu le Droit romain s'implanter dans le pays tout entier et y jeter des racines que, dans certaines parties du moins, la Révolution seule devait arracher. Puis, les barbares sont venus à leur tour détruire cette civilisation, pour édifier sur ses ruines notre civilisation française.

La puissance paternelle a subi le contre-coup de ces bouleversements. De despotique qu'elle était chez les Gaulois et chez les Romains, elle est devenue protectrice chez les Francs qui ramenaient les vieux usages germaniques, et a conservé ce caractère pendant les longs siècles qui s'étendent depuis la fondation de l'empire Carlovingien jusqu'aux jours où la corruption des mœurs grandissant, on commença à battre en brèche la grande loi de l'autorité à tous les degrés de la hiérarchie sociale.

Les philosophes du XVIII^e siècle posèrent les principes sur les-

quels la Révolution devait s'appuyer pour tenter de renverser tout ce que nos pères avaient respecté, confondant dans une même haine et les abus criants et les fécondes institutions du passé.

Nous arrivons maintenant aux jours où commença à s'établir notre législation actuelle. Depuis cette époque, peu de modifications y ont été apportées en ce qui concerne les droits du père de famille ; nous n'aurons à signaler que quelques lois restrictives de cette puissance, mais qui, nous le reconnaissons pour quelques-unes du moins, étaient rendues nécessaires par les abus odieux que faisaient, de leur autorité, des parents dénaturés.



TROISIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

SOUS L'EMPIRE DU CODE CIVIL

PRÉLIMINAIRES

66. — *De l'affaiblissement de l'autorité du père de famille dans notre société actuelle.* — L'organisation de la puissance paternelle tient une si faible place dans notre Code civil qu'on pourrait presque dire qu'elle n'y est pas organisée, du moins à tant que puissance réelle et efficace.

Devons-nous voir dans ce fait la cause de l'affaiblissement du principe d'autorité dans la famille, et le père n'a-t-il perdu son prestige que parce qu'il n'a pas été armé par la loi des pouvoirs suprêmes du Droit romain ? Ce serait méconnaître la nature de la puissance du père de famille que de le croire. Ce n'est pas dans la loi que le chef de la famille doit puiser son autorité, et si la loi doit lui prêter son concours, ce n'est pas elle néanmoins qui lui en confère le principe.

La cause de l'amoindrissement du père remonte plus haut. Un auteur qui a fait une étude approfondie de la puissance paternelle l'a placée dans l'indifférence en matière religieuse et philosophique, indifférence qui a gagné bien du terrain depuis le temps où

il écrivait ; dans l'oubli des mœurs et des habitudes domestiques, des traditions du foyer ; dans la transformation de l'éducation en un véritable apprentissage, et enfin dans l'exaltation de la liberté des enfants au préjudice des droits du père (1).

Lorsqu'on étudie les législations, à ce point de vue de la famille, on voit que ce ne sont pas celles qui se sont le plus occupées de son gouvernement intérieur qui l'ont faite plus grande et plus respectée.

Mais les rédacteurs du Code étaient sous l'influence des idées qui avaient présidé à la confection des lois révolutionnaires, et s'ils laissaient dans l'ombre l'organisation hiérarchique de la famille, ce n'était pas avec la pensée de donner au chef du foyer une plus large initiative, c'était plutôt parce qu'il leur répugnait de fortifier encore une autorité dont ils ne pouvaient méconnaître la légitimité.

Réal, le président de la commission de rédaction du code, disait au Conseil d'Etat : « La puissance paternelle est un droit fondé » sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père pendant » un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de » la personne, l'administration et la jouissance des biens de ses » enfants. »

Ceci était à peu de chose près, dans d'autres termes, la définition de Pothier que nous avons déjà citée. Mais au fond, quelle différence dans la manière d'envisager la situation respective du père et de l'enfant ! Ce que Pothier appelle *gouvernement*, Réal l'appelle *surveillance*, et ce que le premier place sur le même rang que ce droit de gouvernement du père, c'est-à-dire le droit au respect, le second n'en parlera que plus tard et d'une manière secondaire.

Cependant quelque limités que fussent les droits que l'on accordait au père, il se trouva des esprits qui trouvèrent qu'on allait trop loin dans la reconnaissance de ces droits.

Nous empruntons à M. Laurent, le résumé des débats qui s'élevèrent à ce sujet au Conseil d'Etat. « Le projet soumis à ses » délibérations, dit-il, était intitulé comme l'est actuellement le » titre du code : *de la puissance paternelle*. Boulay fit remar- » quer que cette expression était trop fastueuse et hors de pro-

(1) M. P. Bernard, *op. cit.*

» portion avec l'idée qu'elle était destinée à exprimer. Il aurait
» voulu qu'on donnât pour titre : *des droits et des devoirs des*
» *pères*. Tronchet dit alors qu'il faudrait au moins se servir de
» l'expression : *autorité paternelle*, pour ne pas trop affaiblir
» l'idée. »

« Malleville répondit que l'expression : *puissance paternelle*
» était le mot reçu ; que si la loi ne l'employait pas, on croirait
» qu'elle n'avait pas voulu la chose. Il avouait, du reste, que la
» puissance du père ne pouvait plus être ce qu'elle était chez les
» premiers Romains, peuple composé de brigands et d'esclaves
» fugitifs. »

« Berlier abonda dans les idées de Boulay : Rien, dit-il, ne res-
» semble moins à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité
» des père et mère, qui est l'objet du titre IX. Il faut de nou-
» veaux mots pour exprimer des idées nouvelles. Le projet de loi
» devrait avoir pour titre : *De l'autorité des père et mère*.
» (Séance du Conseil d'Etat du 26 frimaire an X.)

« A la suite de ces critiques, » continue M. Laurent, « le pro-
» jet fut renvoyé à la section de législation. Dans la rédaction
» définitive, l'intitulé primitif fut maintenu, mais les articles du
» titre IX ne parlent plus de puissance. Les articles 372 et 373
» donnent le nom d'autorité à ce qui avait été autrefois une puis-
» sance absolue. On peut donc affirmer que le titre intitulé : *De*
» *la puissance paternelle*, abolit réellement cette puissance.

» C'est aussi en ce sens que l'orateur du gouvernement, Réal,
» s'exprime dans l'Exposé des motifs. Il conserve le mot de puis-
» sance, mais le mot indique des idées nouvelles.

« L'enfant naît faible, assiégé par des besoins et des maladies,
» la nature lui donne ses père et mère pour le défendre et le pro-
» téger. Quand arrive l'époque de la puberté, les passions s'éveil-
» lent en même temps que l'intelligence et l'imagination se déve-
» loppent. C'est alors que l'enfant a besoin d'un conseil, d'un
» ami qui défende sa raison naissante des séductions de tout
» genre qui l'environnent (1). »

Nous avons tenu à faire cette citation pour montrer quelles
étaient les idées et par là même les tendances des hommes qui
présidèrent à la rédaction du Code. On reconnaissait libérale-

(1) Laurent. *Droit civil*. T. IV., p. 260.

ment au père des devoirs vis-à-vis de ses enfants, mais on refusait de consacrer les droits sans lesquels l'accomplissement de ces devoirs devient impossible. C'étaient les principes posés dans l'Encyclopédie du XVIII^e siècle. « Le père, y disait-on (1), n'a d'au- » tres droits sur ses enfants que ceux qui peuvent être utiles à » leur bonheur, et la puissance publique ne peut ni ne doit prêter » sa force pour punir les enfants des démarches d'inconduite do- » mestique ou de désobéissance à leurs parents. » Rien n'est plus faux que cette idée. Sans doute, le père de famille a des devoirs impérieux à remplir, nul ne peut songer à le contester, mais le fils n'en a-t-il donc pas de plus impérieux encore, puisqu'ils prennent leur source dans la reconnaissance, reconnaissance qui sera toujours hors de proportion avec les bienfaits qu'il a reçus. « Le père », disait Bodin, au XVI^e siècle, « doit nourrir et ins- » truire ses enfants ; mais l'enfant est obligé beaucoup plus » étroitement encore d'aimer, révéler, nourrir et servir le père » et ployer sous ses mandements en toute obéissance ; supporter » cacher et couvrir toutes ses infirmités et imperfections, et » n'épargner jamais ses biens ou son sang pour sauver et entre- » tenir la vie de celui dont il tient la sienne (2). »

Du reste, si les devoirs du père sont sans corrélatifs aux yeux de la loi, qu'arrivera-t-il ? C'est que le père peu scrupuleux les négligera, tandis que celui qui, pressé par sa conscience, cherchera malgré tout à les accomplir, se trouvera dans l'impossibilité de le faire.

Nous devons ajouter, cependant, que ces idées extrêmes n'ont pas prévalu d'une manière absolue dans la rédaction définitive du Code. Les législateurs d'alors ne purent pas se soustraire à l'influence des principes sur lesquels le Droit romain et les Coutumes elles-mêmes avaient établi la situation du père dans la famille.

Mais si l'autorité paternelle ne fut pas détruite comme les lois de l'époque révolutionnaire avaient pu le faire craindre, elle demeura amoindrie et reléguée à un plan inférieur, et un auteur (3) a pu dire que « les liens de la puissance paternelle ont

(1) V^o Enfant.

(2) Cité par Bernard, *op. cit.*, p. 238.

(3) Zachariæ. Edition d'Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 16, p. 24.

» été relâchés au point de compromettre les intérêts les plus
» sacrés de l'humanité. »

On en arrive forcément à ce résultat, en proclamant les seuls droits de l'enfant : droit à l'éducation, droit à l'instruction, droit à la protection constante et, lorsque dans la pratique, on professe la doctrine que, dans le cas de conflit, on doit se prononcer pour l'enfant, il est facile de se rendre compte que le désordre doit infailliblement régner dans la famille, « cet élément primitif et nécessaire de toute société (1). »

» Je voudrais, » a dit un ancien magistrat que nous avons déjà cité et qui a fait une étude approfondie de la société romaine, « je voudrais, comme on aime à le supposer, que des liens plus affectueux eussent remplacé dans nos foyers les liens plus fermes de la famille antique et que la tendresse produisît chez nous les mêmes effets qu'à Rome, le respect (2). »

« Mais, » ajoute-t-il plus loin, « il faut oser le dire, dans un trop grand nombre de familles, ce qu'on aime surtout du père de famille, c'est sa mort afin de recueillir ses dépouilles. Après avoir été longtemps serviteur, le fils de famille romain devenait longtemps maître à son tour. Ne peut-on dire du fils de famille en France que, s'il ne fut jamais serviteur, il n'est jamais maître et qu'il ne connaîtra pas plus l'autorité comme père qu'il ne connut l'autorité comme fils? »

« Les mœurs domestiques sont faibles, molles, » dit encore Guizot, « et la puissance paternelle ne s'exerce pas dans l'éducation avec toute l'énergie dont l'éducation aurait besoin. » (3)

Là est le vrai siège du mal.

67. — *Du droit de tester envisagé comme sanction de la puissance paternelle.* — Le père possédait en Droit romain et dans notre ancien droit un pouvoir que le Code civil a tellement restreint, qu'on pourrait presque dire qu'il l'a supprimé. C'est le pouvoir d'exhérédation.

Si nous voulions envisager sous toutes ses faces une question qui passionne encore les esprits à l'heure actuelle, nous sortirions

(1) Mourlon. *Code Napoléon*, t. 1^{er}, n^o 1023.

(2) Dubois Guchan. *Tacite et son siècle*, t. II, p. 604.

(3) *Méditations sur l'état des âmes*.

entièrement de notre sujet. M. le comte de Cornulier Lucinière a combattu la liberté testamentaire sur laquelle M. Le Play et son école basent leurs projets de réforme sociale.

Il ne nous appartient pas de donner ici une solution complète dont nous ne pourrions développer les motifs. Mais envisageant le droit de tester comme moyen de coercition mis aux mains du père de famille vis-à-vis de son fils révolté ou ingrat, nous ne pouvons nous empêcher de regretter qu'on ait renfermé dans des limites aussi étroites la liberté d'action du chef de famille.

Il est certain qu'en lui liant ainsi les mains en face de son enfant rebelle, on a diminué son autorité et son prestige. On méprise bien vite une puissance que l'on ne redoute plus. Et il faut le dire, quelque bas que soit le sentiment qui inspire une crainte de cette nature, il est de ceux qui produisent encore le plus d'impression sur certaines âmes avilies.

Est-ce à dire que le rétablissement complet de la liberté du père serait, en matière de testament, de nature par lui-même à faire renaître le respect pour le chef de la famille? Nous avouons, non sans un profond regret, que nous ne le croyons pas.

L'affaiblissement des mœurs, que nous avons déjà signalé, fait que les pères ont perdu le sentiment de leur dignité, et souvent ils n'oseraient pas se servir de l'arme que la loi placerait entre leurs mains. Nous voyons combien rarement on use du droit de donner la faible part laissée encore à la disposition du père.

Si nous défendons, en principe, cette prérogative, c'est que nous voulons que le père soit libre et puissant pour être respecté, mais nous croyons que son rétablissement complet, dans l'état présent de la société, pourrait être une arme dangereuse dans certaines mains, inutile dans d'autres; par conséquent, sans force pour ceux qui seraient résolus à s'en servir.

Toutefois, nous croyons aussi qu'en entourant de garanties nécessaires l'exercice d'une liberté plus large, on donnerait au chef de famille un moyen puissant de maintenir dans le devoir ses enfants insoumis, et l'on apprendrait peu à peu à l'enfant à ne pas braver une autorité à laquelle appartiendrait le pouvoir d'infliger un châtiment dont les effets se prolongeraient pendant la vie tout entière de celui qui l'aurait subi.

68. — *De la puissance paternelle telle que notre Droit la reconnaît.* — Quelle est en réalité en France, à l'heure actuelle, l'étendue des droits du père de famille? La puissance paternelle, a-t-on dit, n'est que le droit pour les père et mère de faire ou de diriger l'éducation de leurs enfants (1).

Ne vaudrait-il pas mieux pouvoir dire que c'est l'autorité mise par la loi aux mains des père et mère, afin de leur permettre de faire ou de diriger l'éducation de leurs enfants?

On a voulu dénier au père de famille même ce droit de diriger seul l'éducation de son enfant. La défiance injurieuse de l'Etat vis-à-vis du père de famille se manifeste principalement sur ce point à l'heure actuelle, et de ce qui n'est en réalité qu'un devoir strict pour le père on a voulu faire seulement un droit pour l'enfant.

Sans doute, le devoir de l'Etat est de surveiller les pères indigènes, mais il ne faut pas perdre de vue que le père a lui-même un intérêt immense à ce que son fils soit dirigé de telle ou telle manière, pour mieux suivre les exemples et les traditions de la famille, parce que « l'homme n'est jamais plus heureux que lorsqu'il est témoin des succès de ses enfants et de l'estime publique dont ils jouissent (2) ».

Notre Code civil semble avoir pensé bien plus à l'enfant qu'au père, en semblant méconnaître cette idée que c'est encore prendre les intérêts de l'enfant que de fortifier l'autorité du père.

Le Premier Consul avait bien saisi la nécessité de ce principe, et il demandait qu'on organisât systématiquement la puissance paternelle, pour la rendre plus forte. C'était également la pensée de Malleville, qui voulait qu'on lui donnât « un grand ressort ». « C'est surtout dans un Etat libre, disait-il, qu'il faut donner un grand ressort à l'autorité paternelle, parce que c'est d'elle que dépend principalement la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique. La puissance paternelle est la Providence des familles, comme le gouvernement est la Providence de la société; et quel ressort, quelle tension ne faudrait-il pas dans un gouvernement qui serait obligé de surveiller tout par lui-même, et qui ne pourrait se reposer sur l'autorité

(1) Mourlon. *Cod. civ.*, t. I. n° 1024.

(2) Mourlon, *op. cit.*, t. I, n° 1023.

» des pères de famille pour suppléer les lois, corriger les mœurs,
» préparer l'obéissance ! »

» Plus il y a de liberté dans l'Etat, avait dit Montesquieu, plus
» il faut d'autorité dans la famille (1) ».

Le Premier Consul, comme Malleville lui-même, avait certainement la pensée de se faire de cette autorité, ainsi agrandie, un moyen de gouvernement, mais ils avaient compris aussi l'un et l'autre, que la société désorganisée avait besoin pour se reconstituer et pour subsister, qu'on affermit d'une manière inébranlable la première et la plus indispensable de ses bases.

En adoptant ces idées, on eût été forcé de revenir, en les mitigeant bien entendu, aux principes romains. Mais à cette époque les mots exerçaient une influence extraordinaire sur les esprits. Ceux d'autorité et de puissance effrayèrent les législateurs, et malgré la grande situation et l'ascendant du Premier Consul, quand Berlier s'éleva contre ses idées, ce fut son avis qui prévalut.

On s'en tint aux principes du droit coutumier, on fit passer l'autorité aux mains de la mère lorsque le père ne pouvait plus l'exercer et on la fit cesser complètement à la majorité de l'enfant.

Les règles protectrices des Coutumes n'étaient pas exclusives de la puissance du père, nous croyons l'avoir montré, et appliquées dans notre ancienne société, elles avaient laissé la famille unie autour de celui qui en demeurait toujours le chef. Mais à l'époque où l'on rédigea le Code, la famille n'était plus ce qu'elle avait été au moyen-âge, et pour la replacer sur ses véritables bases, il eût fallu proclamer les droits du père, au lieu de les laisser dans l'ombre, comme on le faisait à dessein.

« Il faut remarquer, » disait, en effet, au Corps législatif, le tribun
» Albisson, « que l'autorité des père et mère sur leurs enfants
» n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt
» de ceux-ci, n'est pas à proprement parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue un devoir
» inviolable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir, une fois
» rempli, donne aux père et mère, un véritable droit, le droit
» légal d'exiger de leurs enfants pendant tout le temps de leur
» vie, du respect et des secours. »

Domat n'avait-il pas une idée plus juste et plus élevée de la hiérarchie domestique et de la situation de chacun dans la mai-

(1) *Esprit des Lois*, liv. V, chap 7. — *Lettres persanes*, lettre 69.

son, quand il disait : « Dans la liaison que Dieu a formée par la » naissance entre les parents et les enfants pour les unir dans la » société d'une famille, il a soumis les enfants à l'autorité des » parents. »

Ces détails sur les discussions auxquelles donna lieu le titre de la puissance paternelle, étaient nécessaires pour montrer les tendances des esprits à cette époque.

Nous disons tendances, parce que l'hostilité dont elles étaient l'indice vis-à-vis du père de famille ne se manifesta pas d'une manière aussi tranchée dans la rédaction définitive. Mais elles subsistèrent dans les idées et dans les mœurs, et là est le véritable mal.

Ce mal, nous n'en rendrons pas la législation seule responsable; la législation n'a été que le résultat, l'expression de principes funestes. Au lieu de se renfermer dans le silence qu'avaient gardé les Coutumes, silence favorable à cette époque au père de famille, auquel on laissait la plus large initiative, il aurait fallu réagir en accentuant la suprématie du père au foyer domestique. On eût peut-être empêché cet affaiblissement des mœurs domestiques, que déplorait Guizot et qu'il dénonçait comme le plus grand obstacle dans l'éducation publique.

En terminant ces préliminaires, nous citerons, à titre de renseignement historique, la date des discussions qui eurent lieu dans les différentes assemblées pour la rédaction du titre de la puissance paternelle, qui, dans le Code, est le neuvième du livre premier.

Le Conseil d'Etat, dans ses séances des 8 vendémiaire et 20 brumaire an XI (29 septembre et 10 novembre 1803) discuta les bases du rapport que Réal fut chargé de faire au Corps législatif. La discussion s'ouvrit devant cette assemblée le 23 ventôse an XI (13 mars 1803). Réal la soutint, assisté de Bigot de Préameneu et de Cretet.

Le 1^{er} germinal an XI (22 mars 1803), un membre du Corps législatif, Huguot, soumit le projet à l'approbation du Tribunat, qui se prononça pour l'adoption. Le tribun Albisson fut chargé de porter au Corps législatif le vœu approbatif, le 24 mars 1803. (3 germinal an XI).

La loi fut décrétée par 210 voix contre 4, et promulguée le 3 avril 1803 (13 germinal an XI).

CHAPITRE I

SUR QUI S'EXERCE LE DROIT DE PUISSANCE PATERNELLE ET A QUI EST-IL DONNÉ

En tête du titre IX, sur la puissance paternelle, nous trouvons inscrite la reconnaissance formelle du devoir qu'ont les enfants de respecter leurs père et mère, pendant toute leur vie. « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

Malheureusement, les législateurs se sont bornés à l'énonciation de ce précepte, qu'ils ont posé comme déclaration de principe au début de la matière, et nous verrons plus tard qu'il est tellement dépourvu de toute espèce de sanction législative, que le plus souvent les tribunaux sont forcés de n'en tenir aucun compte.

Immédiatement après, la loi fixe les limites au-delà desquelles l'enfant recouvre sa pleine liberté.

69. — *De la durée de la puissance paternelle.* — Art. 372. « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. »

La puissance du père ne s'exerce donc que sur les enfants mineurs et non émancipés.

Cette restriction était inconnue en Droit romain, mais les rédacteurs du Code en ont puisé l'idée dans les Coutumes qui, toutes ou presque toutes, avaient admis ce principe.

A 21 ans, l'enfant est donc libre d'agir à sa guise; et cette liberté lui sera souvent funeste. Nous le savons, dans les familles

où les traditions de respect et de déférence vis-à-vis du chef se sont maintenues, l'enfant demeurera, le lendemain de sa majorité, ce qu'il était la veille; mais en face de l'enfant révolté, le père, à partir de ce jour, est désarmé, et s'il n'a pas su maintenir son ascendant moral, il ne trouvera dans la loi aucun secours.

Cependant, tous ses droits ne disparaissent pas d'une manière absolue à cette époque. Nous verrons que, même après sa majorité, l'enfant ne pourra pas se marier ou se donner en adoption sans avoir obtenu le consentement, ou, du moins, l'avis de ses père et mère. Mais cette concession faite à l'autorité paternelle sera souvent, dans la pratique, sans grande importance, puisque l'enfant qui ne pourra pas vaincre la résistance de son père n'en finira pas moins par la braver. La loi lui permettra de se passer de ce consentement qu'il n'aura pas pu obtenir.

L'émancipation, nous dit l'article 372, soustrait également l'enfant à l'autorité paternelle. Les Romains, qui n'admettaient pas la mise en liberté de l'enfant par son arrivée à un âge quelconque, permettaient au père d'abdiquer ses pouvoirs sur son fils en les remettant entre les mains de ce fils lui-même. Le Code civil, en maintenant le principe de l'émancipation expresse, suivait donc le Droit romain aussi bien que les Coutumes.

Désormais, nous savons pendant quel espace de temps l'enfant reste, en France, soumis à la puissance de son père. Cet espace de temps est bien limité, et encore il arrivera que l'émancipation viendra le réduire.

Et remarquons-le bien, lorsque l'enfant a été libéré légalement de la puissance légalement donnée à son père, il arrive souvent que nul vestige ne demeure de cette autorité qui, aux yeux de la loi, vient de prendre fin. L'autorité morale du père disparaît le plus souvent, avec son autorité effective. Ce résultat, déplorable à bien des titres, et qui tient à des causes diverses et multiples, est, dans une certaine mesure, la conséquence du peu d'extension que donne la loi à la puissance paternelle, même pendant le temps où elle peut s'exercer réellement; mais la cause principale réside beaucoup plus dans la négligence coupable que mettent les parents à inspirer à leurs enfants, dès leur bas-âge, le respect de l'autorité que Dieu lui-même a mise entre leurs mains.

70. *Des droits de la mère sur ses enfants.* — Jusqu'ici nous avons supposé la puissance paternelle exercée par le père seul dans la famille. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'appartienne qu'à lui seul.

La législation française, depuis ses origines les plus reculées, et c'est là une incontestable supériorité sur la législation romaine, a donné à la mère de famille une large place dans le gouvernement du foyer domestique.

Sans doute sa puissance passera toujours après celle de son mari, et tant que celui-ci sera en état de l'exercer, elle ne pourra intervenir que pour donner son avis sans pouvoir jamais l'imposer. La dépendance dans laquelle elle se trouve (art. 313), aurait été forcément un obstacle à la mise en exercice d'une autorité qui eût résidé également entre les mains du père et de la mère ; et c'eût été une source perpétuelle de discussions et de conflits.

Toutefois, même pendant le mariage, la mère de famille a le droit de donner son avis sur l'éducation de ses enfants et le père ne pourrait, sans lui faire une grave injure, la tenir complètement en dehors de tout ce qui les concerne. Nous verrons même que dans certaines circonstances solennelles de sa vie, l'enfant sera obligé de demander préalablement l'avis de sa mère comme celui de son père.

Cependant, en règle générale, à ce dernier seul appartient le pouvoir de donner des ordres et de les faire exécuter.

Mais, qu'il vienne à disparaître, la puissance qui résidait déjà dans la personne de la mère, puissance paralysée sans doute, mais réelle, reprend toute sa force et ne pourrait facilement lui être retirée, même au cas où le conseil de famille ne croirait pas devoir après son veuvage lui donner la tutelle de ses enfants.

Donc, après la mort du père, la mère prend en mains la direction et le gouvernement des enfants. C'est là pour elle un droit strict et incontestable.

Doit-on adopter la même décision pour le cas où le mari vient à disparaître, ou encore pour celui où il est hors d'état d'exercer ses droits, parce que, devenu fou, il a été ou interdit ou placé dans une maison d'aliénés ?

Malgré les termes formels de l'article 373 qui dit que le

père *seul* exerce l'autorité paternelle pendant le mariage, la question demeure douteuse. M. Demolombe, à l'avis duquel nous nous rangeons, n'établit pas de distinctions entre ce cas et celui où la puissance du père prend fin d'une manière absolue par sa mort. Il déclare que cette puissance résidant en la personne de la mère comme en celle du père, l'exercice ne saurait lui en être contesté du moment que pour une raison ou pour une autre, elle tombe des mains de celui-ci (1).

Nous pouvons, du reste, justifier cette opinion par un argument d'analogie, tiré de trois dispositions spéciales de la loi.

1^{er} Au titre de l'absence, l'article 141 dit : « Si le père a disparu, » laissant des enfants issus d'un commun mariage, la mère en » aura la surveillance et exercera tous les droits du mari quant » à leur éducation et à l'administration de leurs biens. »

L'article 149 du titre du mariage dit, à propos des autorisations sans lesquelles l'enfant ne peut se marier que « si l'un des deux » (père ou mère), est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de » manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. »

Enfin, l'article 2 du Code de Commerce exige, pour le mineur qui veut faire le commerce, le consentement de son père ou celui de sa mère en cas de décès, *absence* ou *interdiction* de celui-ci.

On peut voir, d'après ces différents textes, quel est l'esprit de la loi. Elle établit dans les uns et les autres une analogie complète entre le cas où le père est mort, et celui où, pour toute autre cause, il ne peut manifester sa volonté.

L'ancien Droit admettait la même doctrine : « La mère », disait Pothier, « exerce la puissance paternelle au cas où, pour sa démence ou son absence, le père ne peut pas l'exercer (2). »

Pourquoi, en présence de ces textes, statuant, il est vrai, sur des cas particuliers, mais d'une manière très formelle, étant données les idées de l'ancien Droit, supposerions-nous que le Code s'est écarté de ces principes, alors qu'aucune disposition précise ne vient l'établir ?

On a cependant soutenu l'opinion contraire. Le Code, dit-on, s'explique sur le cas de l'absence, mais il ne dit rien de la démence du mari ; on ne peut, sans tomber dans l'arbitraire, éta-

(1) *Code civil*, VI, n° 296.

(2) *Des Personnes*, 3^e partie, t. VI, sect. 2.

blir une assimilation entre les deux cas. Le texte de Pothier n'est pas suffisant pour fonder une doctrine que le silence de la loi ne semble pas autoriser.

Sans doute, continuent les partisans de cette opinion, l'article 149 établit une exception pour le mariage de l'enfant ; mais ce n'est qu'une exception qu'on ne peut pas étendre aux autres droits de puissance. La loi a seulement voulu ici favoriser le mariage, qui aurait pu parfois être entravé d'une manière fâcheuse.

Proudhon (1) soutient ce système que n'admet pas la jurisprudence (2).

Nous dirons avec elle que si le père de famille a été interdit pour cause de folie, il ne pourra pas plus conserver ses droits de puissance paternelle que les autres droits, dont l'interdiction est venue le priver.

Il est naturel alors que les enfants soient confiés à la mère qui prendra en mains leur direction, comme si son mari était mort.

M. Demolombe n'hésite pas à accorder ces droits à la mère même au cas où le mari n'étant pas interdit, est, en vertu des dispositions de la loi du 30 juin 1838, placé dans une maison d'aliénés (3).

Que décider par rapport à l'article 477 qui donne à la mère, *à défaut du père*, le pouvoir d'émanciper son enfant âgé de 15 ans ? Prendra-t-on ces mots : *à défaut du père*, dans leur sens le plus étendu, ou les appliquera-t-on au cas seulement de mort du père ? Si nous suivons la doctrine à laquelle nous nous sommes rallié tout-à-l'heure, nous répondrons que la mère aura le droit et le pouvoir d'émanciper toutes les fois que le père ne pourra pas le faire lui-même.

Mais il y a ici une question subsidiaire très importante. En permettant à la mère d'émanciper, on lui confère par là même le pouvoir de détruire les droits d'usufruit légal et d'administration des biens de l'enfant, droits qui appartiennent au père et que la mère est appelée à exercer en son nom. N'est-ce pas lui donner un pouvoir très étendu et porter ainsi un préjudice très considérable au père ?

(1) T. II, p. 244.

(2) Dalloz. *Recueil alphabétique*, t. II. *Vo puis. pat.* p. 487.

(3) T. VI, n° 297.

Aucun texte ne répond à cette question. La controverse ne peut donc s'appuyer que sur des conjectures et des arguments d'analogie. Nous admettrons la même solution que pour les autres droits en général. Si l'on accorde à la mère le pouvoir de détruire la puissance elle-même, on ne saurait être arrêté par la crainte de voir détruire en même temps l'usufruit légal, qui n'en est qu'un des attributs secondaires.

La distinction que font à ce sujet certains auteurs entre l'enfant de 15 à 18 ans et celui qui a dépassé cet âge, est absolument arbitraire, aussi bien que celle en vertu de laquelle d'autres auteurs font subsister le droit de jouissance légale après l'émancipation faite par la mère (1).

Il vaut mieux, croyons-nous, admettre le sens le plus naturel et dire purement et simplement que la mère pourra émanciper son enfant toutes les fois que le père sera dans l'impossibilité de le faire lui-même.

Quoi qu'il en soit de cette question, nous devons considérer qu'au point de vue pratique, elle peut être ramenée à des limites relativement assez restreintes. Le cas d'absence d'abord doit être écarté, l'article 141 étant absolument formel. « Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, » la mère en aura la surveillance et elle exercera *tous les droits* » du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (2). »

Dans les autres cas, il serait difficile de contester à la mère, sauf dans des circonstances spéciales, les droits de garde et d'éducation. Il ne peut donc être question que des droits de correction, de jouissance et d'administration légale.

Ajoutons également que, du reste, la mère ne sera investie de l'exercice de la puissance paternelle qu'autant qu'il ne sera pas douteux que le père ne peut l'exercer lui-même.

Il faudra donc son absence déclarée, son interdiction prononcée, ou son entrée constatée dans une maison d'aliénés. La simple non présence du chef naturel de la famille ne mettrait pas fin à son pouvoir, pas plus que des moments de folie passagers et de telle nature qu'ils ne seraient pas suffisants pour faire provoquer son interdiction.

(1) Demante. *Cours anal.*, t. II, p. 312, n° 243.

(2) Art. 141.

Les droits de la mère sont mal définis dans le Code, et un grand nombre de points restent obscurs. Nous y reviendrons en traitant de chacun des droits attachés à la puissance paternelle.

Mais si quittant le terrain purement légal, nous examinons cette question au point de vue de la raison, nous ne saurions hésiter. Qui mieux que la mère de famille est digne de recueillir le pouvoir que le père ne peut plus exercer ? Qui prendra soin avec plus de dévouement des enfants encore trop faibles pour se diriger eux-mêmes ? Qui pourra mieux qu'elle continuer à leur imprimer l'impulsion que le chef de famille disparu avait commencé à leur donner ? Sa tendresse suppléera à son inexpérience et les conseils que la loi place près d'elle pour la guider suffiront à empêcher que sa faiblesse naturelle ne l'entraîne à des concessions regrettables.

71. — *Des droits accordés aux ascendants, au tuteur, au conseil de famille, après la mort des père et mère.* — Les droits de puissance qui, cela n'est pas douteux, sont conférés par la loi au père et à la mère et dont l'exercice seul peut soulever des difficultés par rapport à cette dernière, peuvent-ils quelquefois appartenir aux ascendants ?

Nous emprunterons notre réponse à Proudhon qui ne reconnaît pas aux ascendants un droit véritable de puissance paternelle, même après la mort des père et mère (1). Cet avis semble le plus juridique, car nulle part on ne saurait trouver un texte qui investisse une autre personne que le père ou la mère des droits que leur concède la loi, sur la personne des enfants.

Il pourra en fait arriver que les ascendants en aient l'exercice, mais il n'en sera pas nécessairement ainsi.

Si nous supposons, en effet, un ascendant privé de son droit de tutelle, soit parce que le dernier survivant des père et mère a désigné un autre tuteur dans son testament, soit parce qu'il y avait déjà un tuteur datif en exercice lors de la mort de ce dernier survivant, à qui dirons-nous qu'appartient la puissance paternelle proprement dite ? Sans doute l'ascendant, exclu de la tutelle, gardera son droit de *consentement* ou de *conseil* relativement au mariage de ses petits-enfants, mais les droits de

(1) *De l'état des personnes*, t. II, p. 335.

garde, d'éducation et de correction, qui sont les principaux attributs de la puissance paternelle dans notre droit actuel, appartiendront au tuteur ; avec quelques restrictions, il est vrai, mais cependant d'une manière incontestable.

Le conseil de famille lui-même participera au gouvernement et à la direction de la personne de l'enfant, puisque le tuteur ne pourra rien faire sans son consentement.

Dirons-nous que la puissance paternelle lui appartient ? Assurément non, pas plus que nous ne le dirons pour le tuteur lui-même.

Il y a une différence essentielle entre les droits que les uns et les autres se trouvent appelés à exercer à la mort des père et mère et ceux que les père et mère exercent eux-mêmes sous leur propre responsabilité. On ne peut donc employer la même expression pour les désigner. Ce sont des droits parfois analogues, ce ne sont jamais des droits égaux.

Mais tout en reconnaissant que les ascendants ne sont pas dans notre Droit en possession de la puissance paternelle proprement dite, nous sommes loin de vouloir nier que leurs descendants n'aient, vis-à-vis d'eux, des devoirs stricts et indiscutables.

« Il y a entre les ascendants et les descendants, » dit la Cour de Cassation, « une réciprocité de droits et de devoirs qui ont leur » principe dans la nature et leur sanction dans la loi civile, et » qui, bien que subordonnés à la puissance paternelle, ne sauraient » lui être sacrifiés entièrement sans d'impérieuses raisons dont le » père de famille sera le premier, mais non l'unique juge (1) ».

Le Premier Consul aurait voulu qu'on définît et qu'on organisât les droits des ascendants, et il demandait s'il ne faudrait pas autoriser l'aïeul à surveiller l'éducation de son petit-fils, dans le cas où le père faillirait à sa mission. Tronchet répondit que ce serait contraire à la loi, puisque le fils n'appartient qu'au père.

Mais tout le monde fut d'accord, et la jurisprudence a suivi la doctrine, pour reconnaître que l'enfant devrait à ses ascendants les devoirs de respect qu'il doit à ses père et mère.

L'article 371 leur est donc pleinement applicable.

Là, toutefois, s'arrête l'analogie. L'article 372 qui dit que l'enfant reste soumis à ses père et mère jusqu'à sa majorité, bien

(1) Dalloz, 1857. I, 273.

que se rapportant au précédent, ne doit pas être appliqué aux aïeuls et aïeules ; car, à la mort des parents, de graves modifications se produisent.

L'article 371 ne fait que rappeler un devoir moral, une règle du droit naturel qui, aux yeux de tous, sans que la loi le spécifie, doit regarder les ascendants comme les père et mère, et qui, du reste, n'a pas d'applications pratiques, tandis que les conséquences légales de l'article 372 sont nombreuses. Pour l'appliquer à d'autres qu'à ceux qu'il vise, il faudrait un texte positif que nous ne trouvons nulle part.

72. — *De la puissance paternelle sur les enfants légitimés ou adoptifs.* — Jusqu'ici, nous avons supposé la puissance paternelle résidant en la personne des pères et mères unis par les liens du mariage.

C'est à eux seuls, en effet, qu'en appartient le complet exercice ; mais d'autres circonstances peuvent la faire naître.

La légitimation, la reconnaissance d'un enfant naturel, la tutelle officieuse elle-même confèrent des droits qui, sous certains rapports, se rapprochent des droits de puissance paternelle.

Nous passerons rapidement en revue ces diverses applications d'un même principe en notant les différences qui les séparent du cas pour lequel le principe lui-même a été tout d'abord posé.

D'abord, en ce qui concerne la légitimation, nous savons qu'elle place les enfants dans une situation identique à celle qu'ils auraient s'ils étaient nés en légitime mariage (art. 333) ; par conséquent, leurs père et mère acquièrent sur eux, du jour de la légitimation, les mêmes droits que les pères et mères légitimes.

Que décider par rapport aux enfants adoptifs ? En Droit romain, à l'origine du moins, l'adoption était un mode d'acquisition de la puissance paternelle. Dans notre législation, il ne saurait en être ainsi. L'article 348 dit, en effet, que « l'adopté restera » dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits. » Il est juste que par là même ses parents conservent leurs droits sur lui.

Mais cette question ne peut avoir aucune importance pratique, « puisque dans aucun cas l'adoption ne peut avoir lieu avant la » majorité de l'adopté (1). »

(1) Art 346.

L'enfant, au moment de l'adoption, sera donc toujours maître de ses droits, soustrait par conséquent à toute puissance, quelle qu'elle soit.

Les parents naturels (et ici les parents naturels sont opposés aux parents adoptifs), ne conservent, après l'adoption, que le droit de s'opposer au mariage de leur enfant ou de donner leur avis, suivant son âge. Mais s'ils n'ont que ce droit, ce n'est pas parce que l'adoptant leur a enlevé les autres, c'est parce que l'enfant a acquis son indépendance en devenant majeur.

Il existe, toutefois, une forme de l'adoption, préliminaire de l'adoption légale destinée à la préparer et à la faciliter, qui donne des droits analogues à ceux de la puissance paternelle. Nous disons analogues et non pas égaux, car ils ne comprennent que la garde et le gouvernement de la personne du mineur.

Tels qu'ils sont, nous devons les mentionner, parce qu'ils prennent la place des droits de même nature qui appartiennent au père.

Ces droits sont ceux du *tuteur officieux*, de celui qui prend envers un enfant mineur l'engagement de le nourrir et de l'élever, d'administrer, en un mot, sa personne et ses biens, et de le mettre en état de gagner sa vie (art. 364).

Nous disons que le droit de garde du tuteur officieux prend la place du droit de garde du père. Celui-ci, en effet, s'en dépouille en sa faveur, en lui confiant son enfant (art. 361) (1). Il lui délègue également son droit d'éducation ; mais il ne saurait aller plus loin, il conserve toujours sa puissance paternelle.

En échange de ce sacrifice qu'il fait de ses pouvoirs, le père de famille assure l'avenir de son enfant qui, toujours et quoi qu'il arrive, reçoit du tuteur officieux au moins les secours nécessaires pour subsister jusqu'à sa majorité et apprendre un métier, grâce auquel il soit plus tard en état de gagner sa vie.

On ne saurait donc dire que la tutelle officieuse confère véritablement les droits dont jouit celui qui l'exerce. Ils ne lui sont attribués qu'en vertu de l'abandon que lui en fait le père en donnant son consentement à ce contrat.

Ce n'est, du reste, nous le répétons, qu'un moyen de parvenir

(1) M. Demolombe, en se rangeant à cette opinion, dit que la question est controversée, t. VI, n° 233.

à la véritable adoption ; aussi n'en parlons-nous qu'incidemment et comme d'un démembrement de la puissance paternelle.

Nous étudierons dans un chapitre spécial les droits que donne la loi aux pères et mères naturels qui ont reconnu leurs enfants.

On peut donc poser en principe que la puissance paternelle n'appartient qu'aux pères et mères légitimes.

Quand ils sont morts ou, d'une manière plus générale, quand ils sont incapables de l'exercer, quelques-uns des droits qui la composent peuvent appartenir soit aux aïeuls et aïeules, au tuteur, au conseil de famille ; mais quand elle a été démembrée par la disparition de l'un de ceux à qui elle est confiée, en vertu du droit naturel, elle n'est jamais reconstituée d'une manière complète.

73. — *Du contrôle des tribunaux.* — En terminant cette revue des personnes auxquelles appartient la puissance paternelle, nous devons signaler les pouvoirs qui, dans certaines circonstances, peuvent appartenir aux tribunaux. Ceux-ci, dans les cas dont nous nous occuperons, ne se substituent pas pleinement au père ; ils ne prennent pas ses droits, mais leur autorité s'exerce néanmoins à l'encontre de celle du chef naturel de la famille, auquel ils retirent telle ou telle de ses prérogatives pour les attribuer soit à ceux qui, lors de la disparition du père, prennent naturellement sa place, soit à d'autres personnes.

Et dans notre législation, ce droit des tribunaux ne s'exercera pas seulement au cas où les abus dans l'exercice de la puissance paternelle revêtiront le caractère de crimes ou de délits. Telle n'est pas certainement la pensée de la loi ; mais nulle part elle ne s'est prononcée d'une manière catégorique, et il est regrettable qu'une question de cette importance ait été laissée à l'arbitraire des tribunaux. Ils statueront en cas d'abus, dit-on ; mais quand y aura-t-il abus ? On a vu la Cour de cassation déclarer que le père ne pourra pas sans raisons graves interdire aux aïeuls de ses enfants, la faculté de les voir (1). Quelles seront ces raisons graves ? Le père ne sera-t-il pas dans la plupart des cas le meilleur juge de ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire, et que deviendra la puissance paternelle si les tribunaux peuvent à chaque instant s'immiscer dans les affaires intérieures de la

(1) Arrêt du 8 juillet 1857.

famille ? Nous avons vu que cet inconvénient avait déjà été signalé dans l'ancien droit.

Cette question du droit d'intervention des tribunaux fut soulevée lors de la rédaction du Code. Malleville le soutint en disant que même en Droit romain le magistrat pouvait dans certains cas et après avoir étudié les circonstances, *causâ cognitâ*, enlever l'enfant à son père et même forcer ce dernier à l'émanciper.

Boulay dit que cette jurisprudence n'avait été introduite que sous Justinien, à une époque où l'on s'écartait sans cesse des principes du vieux Droit romain. Régnier se ralliait à l'avis du Premier Consul et de Malleville, et faisait remarquer que même en France on ôtait au père la direction de son fils, dans le cas où il lui donnait une mauvaise éducation.

En fin de compte, ce débat n'aboutit à aucun résultat pratique. On en renvoya l'étude à la section de législation, et il n'en fut plus question (1).

Il n'entre pas dans notre pensée de refuser aux tribunaux et à l'Etat un droit de surveillance sur le gouvernement du père de famille. Les pères indignes et dénaturés sont malheureusement trop nombreux pour qu'on laisse les enfants sans défense entre leurs mains.

Mais pourquoi alors ne pas définir les circonstances dans lesquelles les tribunaux devront agir ? On éviterait ainsi souvent l'ingérence inopportune d'une autorité étrangère dans le cercle de la famille, ingérence dont il est facile de reconnaître le danger au point de vue du prestige du chef naturel du foyer domestique.

74. — *Intervention de l'autorité administrative.* — La puissance publique, qui est représentée par les tribunaux dans le plus grand nombre des cas, lorsqu'il s'agit de surveiller le père de famille, peut aussi, dans certaines circonstances, déléguer ses pouvoirs à l'autorité administrative. C'est ce qui a lieu lorsque l'enfant est privé de ses protecteurs naturels, et nous entendons ici par protecteurs naturels, non plus seulement le père, la mère et les ascendants, mais aussi les membres de la famille.

L'Etat prend sous sa surveillance les enfants exposés ou aban-

(1) Locré, *légl. civ.*, T. VII, p. 11.

donnés et charge de ce soin les préfets qui, à leur tour, ne font qu'exercer un contrôle sur les administrations publiques que des décrets successifs ont désignées plus spécialement pour remplir ces fonctions.

Paris a reçu sous ce rapport une organisation spéciale. Une loi du 10 janvier 1849 a établi, sous le nom d'Assistance publique, une véritable administration avec un directeur responsable qui relève du préfet de la Seine et du ministère de l'intérieur.

Sous la Révolution on s'était occupé déjà à plusieurs reprises des enfants trouvés (1) et une loi du 20 mars 1797 les avait placés sous la surveillance de l'administration municipale.

Actuellement, en province, les commissions administratives des hospices sont chargées de prendre soin des enfants abandonnés, et de nommer des commissions médicales chargées de veiller à la santé de ces enfants qui, en outre, sont visités par des inspecteurs nommés par les préfets (2).

Les hospices représentés par leurs administrateurs sont, en outre, chargés de leur tutelle. Ce sont eux qui donnent les autorisations, soit pour leur mise en apprentissage, soit pour leur mariage, etc...

En général, on confie ces enfants à des nourrices auxquelles on permet de les garder, à charge de les envoyer dans les écoles primaires et ensuite de leur faire apprendre un état.

Le préfet règle les dépenses que nécessite l'entretien des enfants trouvés et qui sont supportées, tant par l'Etat que par les départements, les hospices et les communes.

Nous verrons, à l'occasion des législations étrangères, que dans certains pays, dans les pays scandinaves notamment, cette protection de l'enfant, par voie administrative, domine, tandis que dans l'Allemagne, au contraire, le droit de contrôle est accordé seulement aux tribunaux.

Ainsi envisagé, le droit de l'Etat devient un impérieux devoir, mais c'est là une mission difficile et dans l'accomplissement de laquelle il y a souvent bien des lacunes. Qui ne sait, en effet, quel est le sort de la plupart des enfants en bas âge que l'on confie aux habitants des campagnes ?

(1) Décrets des 29 mars et 3 avril 1791.

(2) 12 mars 1839. *Circulaire minist.*

Cela prouve, une fois de plus, que l'autorité publique la mieux intentionnée ne saurait jamais remplacer, d'une manière efficace, le père de famille, même négligent et incapable.

Aussi croyons-nous que l'Etat, représenté soit par les tribunaux, soit par l'autorité administrative, doit remplacer auprès de l'enfant ses protecteurs naturels, lorsque ceux-ci ont disparu, et non pas se substituer à eux pendant leur vie. C'est en laissant peser sur la tête du père de famille la responsabilité entière de l'éducation de ses enfants, qu'on arrivera le plus sûrement à éviter les abus. L'Etat, qui est une puissance publique, chargée de la direction d'ensemble, ne peut, sans s'amoindrir, descendre dans les détails de l'éducation de l'enfant. S'il agit en ce sens, ce doit être toujours sur les chefs de famille et non sur ceux qui sont soumis à leur autorité.

CHAPITRE II

DU CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET DE L'IMPOSSIBILITÉ D'Y DÉROGER PAR CONVENTIONS PARTICULIÈRES.

Avant de commencer l'étude détaillée des droits qui sont attachés à la puissance du père de famille, nous poserons en principe le caractère d'ordre public de ces droits, et l'impossibilité dans laquelle se trouve, par conséquent, le père de les aliéner ou de s'en laisser dépouiller d'une manière complète et définitive (1).

75. — *De la nullité des conventions destructives ou restrictives de la puissance paternelle.* — Quand bien même il aurait, par un acte libre de sa volonté, renoncé à telle ou telle de ses prérogatives essentielles, cette renonciation serait nulle aux yeux de la loi.

On n'a pas voulu que le chef naturel de la famille pût se dépouiller, même volontairement, des pouvoirs qu'il a reçus pour remplir une mission dont nul ne s'acquitterait comme lui. Et ceci est vrai de la mère comme du père.

Sans doute, l'un et l'autre pourront déléguer à des tiers l'exercice de tel ou tel de leurs droits, mais cette délégation ne pourra jamais être que temporaire et révocable.

Il est nécessaire de faire remarquer qu'il n'est ici question que des droits qui résultent immédiatement de la puissance paternelle et non pas de ceux qui peuvent appartenir aux père et mère à tout autre titre.

(1) Code civ., art. 6.

Supposons, par exemple, que l'un des deux conjoints vienne à mourir. Deux pouvoirs se trouvent réunis dans la personne du survivant, la puissance paternelle et la tutelle. Il peut abandonner le second de ces droits, mais le premier demeure entre ses mains malgré toute convention contraire, malgré même l'engagement pris par lui de le laisser aux ascendants de l'enfant.

Une femme reste veuve avec plusieurs enfants dont elle est nommée tutrice. Elle contracte un second mariage. La loi donne alors au conseil de famille le pouvoir de lui retirer ses fonctions de tutrice ou de les lui conserver. Mais ses droits de puissance paternelle demeurent intacts; seule elle aura le droit d'émanciper ses enfants, de consentir à leur mariage, etc... Et dans aucun cas, le conseil de famille n'aurait le pouvoir de mettre à son maintien dans la tutelle de ses enfants des conditions qui porteraient atteinte aux droits qu'elle possède comme mère et non pas comme tutrice.

Si nous prenons une espèce, nous voyons que, dans un cas de ce genre un conseil de famille avait voulu imposer à la mère l'obligation de conduire ses enfants chez leurs aïeux paternels, à des époques déterminées; de les consulter sur toutes les questions d'éducation ou d'instruction et de s'en rapporter, en cas de conflits, à l'avis du conseil de famille, qui prononcerait en dernier ressort. Il fut jugé qu'une convention de ce genre, même acceptée par la mère, n'avait aucune valeur juridique et qu'il ne fallait voir là « qu'une obligation morale dont l'inaccomplissement ne » saurait faire mettre en question le maintien de la mère remariée dans la tutelle de ses enfants » (1).

L'article 395, en effet, ne confère aucun pouvoir de ce genre au conseil de famille, et l'on ne saurait le lui reconnaître sans qu'un texte formel l'établisse, parce que ce serait une grave dérogation aux principes posés dans notre Droit.

Ces principes sont tellement sévères qu'on ne permet pas au père de se dépouiller en faveur de son épouse, même par contrat de mariage, des droits qui lui appartiennent *comme chef*. L'article 1388 défend de faire une convention tendant à produire ce résultat. On n'a pas voulu que le père pût, cédant à un mouvement irréflecti, intervertir les rôles tracés par la loi aux deux

(1) Cassation, 5 mars 1855. Dalloz, 1855. 1. 341.

conjointes dans la famille, et s'engager à prendre au foyer domestique la place inférieure que doit y occuper la mère. Chef de la maison, il ne peut y descendre au second rang, et s'il s'engage à le faire, la loi frappe son engagement d'une nullité absolue.

Disons cependant qu'il a été jugé que le pacte par lequel deux époux conviennent, en renonçant à une instance en séparation de corps, que l'enfant restera confié alternativement à chacun d'eux pendant une certaine période, est licite et ne constitue pas un abandon véritable des droits de puissance (1).

76. — *De la nullité de toute condition qui, dans un testament, porterait atteinte aux droits du père.* — Il résulte également des principes que nous venons d'exposer, que si un testateur, en instituant comme légataire un enfant en puissance de son père, a le droit de retirer à celui-ci l'usufruit légal des biens qu'il laisse à son enfant, il ne saurait avoir le droit de mettre à son legs cette condition que le père n'administrera pas ces biens; ni à plus forte raison qu'il sera privé de ses droits d'éducation sur l'enfant.

Le legs fait sous cette condition ne sera pas nul, mais la condition sera réputée non écrite (2).

Le père qui a le droit en mourant de nommer à la mère un conseil sans lequel elle ne peut faire aucun acte de tutelle, peut-il également régler dans son testament la ligne de conduite qu'elle aura à suivre dans l'éducation de ses enfants après qu'il sera mort? Nous ne croyons pas qu'on puisse l'admettre, car l'éducation est une charge qui découle de la puissance paternelle et non de la tutelle, et l'article 391 ne parle que de cette dernière.

Sans doute il pourra donner des avis, mais si la mère néglige de les suivre, elle ne pourra pas y être contrainte devant les tribunaux.

La décision serait tout autre si au lieu de s'adresser à la mère survivante, ces avis et cette direction s'adressaient au tuteur ou au conseil de famille. Ceux-ci ne possèdent pas de pouvoirs de leur propre chef. Il est juste qu'étant appelés à continuer l'œuvre

(1) *Alger*, 27 juin 1864. Sirey, 1864. 2. 288.

(2) *Orléans*, 5 février 1870. — Dalloz, 1870, 2, 49.

commencée par le père, ils suivent les conseils qu'il leur a légués.

C'est ainsi que le décide un jugement du tribunal civil de Colmar (1) relativement à l'éducation religieuse des enfants.

Ce caractère d'ordre public de la puissance paternelle nous servira à justifier certaines décisions de jurisprudence relativement à tels ou tels des droits qui en découlent, droits que nous allons étudier successivement.

A ces droits correspondent des devoirs, et lorsque nous revendiquons les uns pour le père, nous n'avons pas la pensée de diminuer, même dans une faible mesure, l'étendue des autres ainsi que les obligations qu'ils entraînent. Si nous demandons que le père soit puissant et respecté, c'est que, nous en avons la conviction, si son autorité n'est pas bien affermie, même aux yeux de la loi, il ne pourra jamais accomplir la mission dont la société elle-même est en droit de lui demander un compte sévère.

(1) Sirey, 1858, 2. 81.

CHAPITRE III

DES DROITS ATTACHÉS A LA PUISSANCE PATERNELLE ET DES DEVOIRS QUI EN DÉCOULENT

77. — *Quels sont les droits qui découlent de la puissance paternelle ?* — Nous ne devons pas chercher dans le titre IX du livre I^{er} du Code civil la réponse complète à cette question, ou bien il faut déclarer que les père et mère ne puisent pas, dans leur qualité seule, les autres droits qui leur sont accordés et dont il est fait mention dans les différentes parties du Code.

Il aurait fallu, semble-t-il, rappeler en quelques mots, ces droits divers dans le titre qui, si l'on en croit sa désignation, devrait embrasser tout ce qui se rattache aux droits du père de famille.

Si nous examinons, en effet, le titre IX, qu'y trouvons-nous ? La reconnaissance au profit du père de deux droits seulement :

1^o Le droit de garder l'enfant dans sa demeure ou dans une autre maison qu'il désigne, maison dans laquelle doivent lui être données l'éducation ou l'instruction.

2^o Le droit de faire détenir l'enfant s'il a de graves sujets de mécontentement contre lui.

Nous ne disons rien des droits d'administration et de jouissance légale des biens, droits qui ne rentrent pas dans le cadre de notre étude.

On voit, de prime abord, que ces droits sont accompagnés de beaucoup d'autres formellement reconnus eux aussi par la loi.

En effet, le droit d'émanciper l'enfant, de lui nommer un tuteur par testament, dérive de la puissance paternelle. Nous y ajou-

terons le droit de consentir au mariage des enfants ou de former opposition à un mariage déraisonnable, de consentir à l'adoption ou de l'empêcher.

78. — *De la question de savoir si le droit de consentir au mariage, à l'adoption, etc., dérive de la puissance paternelle ?*

— On hésite cependant pour ces derniers droits. En effet, dit-on, la loi n'en parle pas dans le titre IX ; n'est-ce pas parce qu'elle ne veut pas les considérer comme des dérivés directs du pouvoir paternel ? De plus, ces prérogatives n'appartiennent pas aux seuls père et mère. La loi les confie aux ascendants, au conseil de famille, aux collatéraux même parfois, comme dans le cas d'opposition au mariage. Ces diverses personnes doivent-elles être considérées comme jouissant, dans une certaine mesure, de la puissance paternelle ? Evidemment non ; pour ce qui regarde le conseil de famille, mais nous avons vu que l'on hésite pour les ascendants. Cependant, n'est-ce pas en vertu d'une délégation spéciale de la loi que les uns et les autres se trouvent investis de pouvoirs que les père et mère ne peuvent plus exercer eux-mêmes ? Sans doute, il est naturel que les ascendants en jouissent de préférence aux étrangers ; c'est ce qui arrive dans le cas de tutelle ; mais ils sont si peu en possession de la puissance paternelle proprement dite, que des étrangers pourront, même sans de graves raisons, leur en retirer les principales prérogatives.

Nous avons déjà étudié cette question qui se représente à propos de ce droit de consentir au mariage, droit qui semble dériver moins directement de la puissance paternelle que les autres. Les enfants, en effet, sont déclarés libres de tout lien de puissance à partir de 21 ans ; or, ils continuent à ne pouvoir se marier, même après cet âge, sans le consentement ou, du moins, l'avis de leurs père et mère ou ascendants.

On a voulu voir là une disposition spéciale destinée à empêcher que l'enfant, qui même à 21 ans, est exposé à se laisser entraîner par une passion irréfléchie, ne fasse entrer dans la famille un membre indigne ; et on confie alors à ses ascendants le pouvoir de former une opposition dans le but de provoquer la réflexion de l'enfant et de lui faire entrevoir les conséquences de l'acte qu'il va accomplir.

De plus, on peut considérer ce droit comme une marque de dé-

férence dérivant du principe posé à l'article 371, et comme nul n'hésite à reconnaître que cet article s'applique aux ascendants eux-mêmes, ce serait un moyen d'expliquer la disposition de la loi qui leur confère le droit de consentir au mariage de leurs petits-enfants.

C'est là, croyons-nous, l'explication la plus plausible. Mais pour ce qui concerne les père et mère, nous ne croyons pas qu'on puisse hésiter à reconnaître que c'est en vertu de leur droit de puissance qu'ils ont le pouvoir d'empêcher leurs enfants de contracter une union sans les consulter et sans leur demander leur approbation.

Nous en dirons autant de l'adoption et de l'entrée en religion des enfants.

Et notre décision ne nous entraîne pas par là même à reconnaître des droits véritables de puissance paternelle aux ascendants et au conseil de famille. La loi a cru devoir faire une exception en leur faveur pour ces droits de consentement au mariage, mais cela n'implique pas la reconnaissance de droits différents.

Section 1^{re}. — Du droit au respect.

79. — *De la maxime : « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. »* — En ouvrant le Code au titre de la puissance paternelle, le premier article que nous trouvons est une traduction du précepte du Deutéronome que nous avons cité en parlant du peuple Juif : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. » (Art. 371.)

Mais ce qui, chez les Juifs, était une disposition législative dont la transgression était punie de peines rigoureuses, n'est, dans nos lois, qu'un principe dépourvu de toute sanction pénale. Ne voit-on pas tous les jours se produire des faits qui montrent à quel point cette règle posée, semble-t-il, comme base de la loi, est méconnue et violée ?

« Cet article, » dit Marcadé (1), « ne fait que consacrer un

(1) T. II, n° 133.

» principe de morale que personne assurément n'aurait la pensée de contester. Mais on ne voit guère son utilité dans les textes du droit positif. Les conséquences plus ou moins étendues que le législateur entend induire du respect dû aux parents par leurs enfants, c'est par des règles précises qu'il doit les formuler, au lieu de les abandonner à l'arbitraire et au caprice de chacun par des principes que leur extrême généralité rend complètement stériles et presque insignifiants. »

Et plus loin il ajoute comme conclusion : « Donc tout en louant les rédacteurs du Code d'avoir inscrit un principe sacré en tête de leur titre, il faut le reconnaître entièrement insignifiant en Droit et n'en déduire aucune autre conséquence juridique que celle qui serait exprimée par un texte positif. »

Or, ce texte positif, nous ne le trouvons nulle part. Le père dépouillé, même de son droit d'exhérédation, se trouvera le plus souvent désarmé vis-à-vis de son fils insoumis, ingrat, irrespectueux. Sans doute, pendant les quelques années qui précèdent la complète indépendance de l'enfant, le père pourra le priver de sa liberté ; mais il lui faudra pour cela avoir recours à des formalités nombreuses et peut-être courir le risque d'un procès. Combien de pères, du reste, hésiteront avant d'imprimer à leur enfant cette marque qui demeure toujours et malgré tout comme une flétrissure.

Les désordres que l'on voit trop souvent dans les familles ne sont, le plus souvent, que le résultat de l'affaiblissement du respect de l'autorité paternelle. Il eût été du devoir du législateur de tenter, par tous les moyens possibles, de relever son prestige, et pour cela, il eût fallu suivre le précepte de Montesquieu, et placer entre ses mains la puissance la plus large, afin que « les familles étant bien réglées, l'Etat soit tranquille ».

Mais il faut bien le reconnaître, le mal est plus encore dans les mœurs que dans les lois à l'heure actuelle, la seule question qu'on puisse se poser est celle-ci : l'esprit de défiance qui semble avoir guidé le législateur, n'a-t-il pas contribué à faire croire le mépris de l'autorité du chef naturel de la famille ?

80. — *L'article 371 n'a pas dans notre Droit de conséquences juridiques directes. Contrainte par corps. Actions déshonorantes.* — Nous venons de dire que l'article 371 n'entraînait pas

de conséquences juridiques directes. Ne pourrait-on pas cependant en trouver une dans l'article 19 de la loi du 27 avril 1832, article qui défend aux tribunaux de prononcer la contrainte par corps au profit du fils contre ses père et mère? Peut-être pourrait-on répondre affirmativement, si la prohibition se bornait là, mais elle s'étend aux ascendants et descendants, mari et femme, frères et sœurs. On ne saurait donc voir là une conséquence directe de l'article 371. C'est plutôt une suite de ces égards que se doivent les uns aux autres les membres d'une même famille, égards qu'il est essentiel de conserver pour maintenir la concorde et l'union au foyer domestique.

Doit-on induire de ce même article 371 et de l'article 19 de la loi de 1832, que dans notre Droit, de même qu'en Droit romain, le fils ne saurait intenter contre son père une action déshonorante? Proudhon le croyait (1), et avant que la loi de 1832 fût venue couper court aux hésitations, du moins en ce qui concerne la contrainte par corps, la doctrine et la jurisprudence subirent bien des variations.

La contrainte par corps, qui a été supprimée en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867, a été maintenue en matière criminelle, et l'article 15 a reproduit les prohibitions relatives à son application vis-à-vis des ascendants, descendants, etc...

Ce serait cependant sortir de notre sujet que de nous en occuper longuement; nous passerons donc à l'examen de la question des actions déshonorantes.

Il nous semble difficile de se rallier à l'avis de Proudhon. Prenons, par exemple, l'article 380 du Code pénal, qui dit que le vol commis par un fils au préjudice de son père..... ne pourra donner lieu qu'à des réparations civiles. D'abord, cette disposition ne peut pas être considérée comme la conséquence du devoir de respect des enfants vis-à-vis de leurs parents, puisqu'elle s'étend également aux ascendants et descendants, aux frères et sœurs, etc.

Mais, de plus, ces réparations civiles, sur quoi se basera-t-on pour les accorder? Sur le préjudice causé, dit-on. Mais causé de quelle manière? On voit que fatalement les tribunaux seront forcés d'en venir à constater le caractère déshonorant de l'acte commis.

(1) *De l'état des personnes*, t. II, p. 238.

Du reste, il est un autre ordre de faits dans lequel l'avis de Proudhon est encore moins acceptable. Une jeune fille est excitée à la débauche par ses parents. Elle les poursuit devant les tribunaux, civils, il est vrai ; mais n'arrivera-t-il pas que par la force même des choses, une telle demande devra amener une poursuite criminelle de la part du ministère public ? Si donc l'action déshonorante n'est pas intentée directement par l'enfant, la poursuite qu'il aura commencée en aura été néanmoins la cause.

Il vaut mieux reconnaître aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour savoir s'il convient d'admettre ou de refuser d'entendre une réclamation d'un fils contre son père.

Telle était la pensée de Bigot de Préameneu qui n'attachait pas l'importance d'un précepte législatif à l'article 371, mais qui voulait seulement que ce fût « un point d'appui pour le juge. (1) »

Mais les tribunaux n'ont pas toujours admis cette doctrine. Nous pouvons citer entre autres une décision qui date des premières années du Code civil (31 décembre 1811, cour de Caen).

Une jeune fille, maltraitée ou se prétendant maltraitée par son père, avait quitté le domicile paternel et était demeurée absente pendant plusieurs jours sans vouloir faire connaître le lieu de sa résidence pendant ce temps. Elle intenta une action en justice afin de contraindre son père à lui fournir une pension qui lui permit de vivre seule. Pour justifier sa demande, elle offrait de faire la preuve des mauvais traitements qu'elle aurait eu à subir. La Cour se refusa à entendre cette preuve, la déclarant irrévérente et inadmissible.

On pourrait, nous le savons, objecter que la Cour avait pu ici se déterminer par des circonstances de fait. Mais l'arrêt posait la règle en Droit (2).

Du reste, la question de savoir si les enfants, en introduisant une instance contre leurs parents, dépassent les bornes du respect, est laissée à l'appréciation des tribunaux.

La mère a droit, autant que le père, au respect de ses enfants ; l'article 371 est formel, et si le père, par sa conduite vis-à-vis d'elle, ou par ses conseils, engageait ceux-ci à oublier leurs devoirs, cela pourrait constituer une injure sur laquelle la

(1) *Locré leg. civ.* T. VII, p. 28.

(2) Chardon, *Puis. pat.*, ch. 1, n° 36.

femme aurait le droit de se fonder pour intenter une demande en séparation.

Il pourrait en être ainsi par exemple, si le père, sans raisons valables, refusait de dire à sa femme où sont ses enfants et la mettait ainsi dans l'impossibilité d'exercer sur eux la surveillance dont la loi lui impose le devoir.

81. — *Droit d'opposition au mariage considéré comme dérivant des dispositions de l'article 371.* — Il est une autre conséquence plus directe de l'article 371, conséquence sur laquelle on s'est basé pour prouver que les ascendants avaient comme le père et mère droit au respect de leurs descendants.

C'est l'obligation qui est imposée aux enfants et descendants de demander à tout âge, et par acte respectueux, le conseil de leurs père et mère ou aïeuls avant de se marier ou de se donner en adoption. Nous savons qu'en fait cette formalité, (car le plus souvent ce n'est que cela), sera absolument illusoire, puisqu'après un espace de temps plus ou moins long, suivant l'âge de l'enfant, il pourra, malgré le non consentement, être procédé au mariage ; mais parfois il pourra arriver aussi que l'emploi d'un moyen qui heureusement est demeuré extrêmement rare dans les familles, arrête l'enfant révolté ou du moins lui fasse faire de sages réflexions.

La même demande devra être faite par le fils ou la fille, même de plus de trente ans, qui voudra se donner en adoption ou contracter des vœux religieux.

Section 2^{me}. — Du droit de garde.

82. — *De la nécessité du droit de garde.* — « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. » Telle est la règle posée dans l'article 374.

Ce droit est indispensable au père de famille. Sans lui il ne pourrait jamais remplir la tâche que la Providence et la société lui ont confiée.

Aussi ce ne pourra être que dans des cas très rares que ce droit devra lui être enlevé, et les juges qui seront appelés à appli-

quer une déchéance de cette nature ne devront se laisser déterminer que par les raisons les plus graves.

Une définition complète du droit de garde est inutile. Nous venons de voir qu'il donne au père les pouvoirs les plus étendus pour retenir son fils dans sa demeure. Ajoutons toutefois qu'il serait bien incomplet s'il ne laissait pas au père la faculté de placer son fils où bon lui semble lorsqu'il ne veut pas ou ne peut pas le garder près de lui.

Le maintien de l'enfant près de son père ou près de ceux dans lesquels ce dernier a assez de confiance pour les charger de soins dont il ne peut s'acquitter lui-même, est d'une nécessité absolue. Dans ses premières années l'enfant doit être guidé pas à pas. Si on le livre à lui-même, il s'égarera forcément. Avant qu'il ne soit appelé à fonder une famille, il faut qu'il se pénètre des idées et des traditions de la sienne afin de pouvoir les perpétuer et continuer à occuper dans la société le rang que son père y a occupé lui-même. Il faut qu'il soit tenu en subordination afin d'apprendre à obéir jusqu'au jour où lui-même sera appelé à commander. « Celui qui n'aura point éprouvé de vénération dans sa jeunesse » ne sera point lui-même l'objet de la vénération dans ses vieux » jours (1). »

Le droit de garde emporte de plein droit pour le père le pouvoir de choisir l'école dans laquelle l'enfant sera élevé, l'atelier dans lequel il fera son apprentissage. La mère elle-même n'aura pas légalement le droit d'intervenir. Elle pourra faire des observations, des remontrances, qui seront souvent écoutées ; dans le cas d'abus, elle aura la faculté d'en appeler aux tribunaux, mais jamais elle ne pourra imposer directement sa manière de voir.

Nous dirons, en ce qui concerne les ateliers d'apprentissage, que le droit absolu du père de choisir celui qui lui convient, entraîne la faculté d'en retirer l'enfant, même au cas où il y aurait eu un traité conclu pour un temps déterminé avec le chef qui le dirige.

Cela résulte du principe que nous avons posé tout d'abord, que les droits découlant de la puissance paternelle ne peuvent être restreints par des conventions particulières.

Pendant le maître de l'atelier qui ne peut garder l'enfant

(1) *Gœthe*. Cité par Paul Janet. (*De la famille*, p. 174).

malgré son père, ni le retenir en gage (1), conservera le droit de réclamer une indemnité que les juges lui accorderont s'il a éprouvé un préjudice. Mais le pouvoir du tribunal n'ira jamais jusqu'à exiger que le père donne des motifs de sa conduite.

83. — *Sanction du droit de garde.* — La sanction du droit de garde consiste dans la faculté que la loi donne au père d'emprunter le secours de la force publique pour ramener l'enfant insoumis dans sa maison.

Le Premier Consul disait que le père pouvait faire rentrer l'enfant dans sa demeure, même *manu militari*, lorsque les moyens de persuasion avaient échoué. Tout ce qui fut dit sur ce point fut accepté par tous sans objection, tant cela semblait évident.

La jurisprudence n'a jamais hésité, mais il faut reconnaître que la loi est absolument muette. Et pour pouvoir arriver à ce résultat pratique, sur lequel tout le monde est d'accord, il faut s'appuyer sur un argument d'analogie, tiré de l'article 375. Cet article permet au président du tribunal de délivrer un ordre en vertu duquel le père peut ensuite faire arrêter son fils insoumis, afin de le faire détenir.

Or, dit-on, il est certainement moins grave de faire ramener par la force publique, dans la maison paternelle, l'enfant qui s'en est échappé, que de faire renfermer cet enfant dans une maison de correction.

Cependant, malgré les raisons sérieuses qui militent en faveur de ce système, il faut reconnaître qu'on se trouve ici en face d'une difficulté insurmontable, juridiquement parlant ; difficulté qui se présente également dans le cas où une femme mariée quitte le domicile conjugal.

Il est un principe incontesté dans notre législation, c'est qu'il ne peut être procédé à aucune arrestation sans que les faits qui l'ont motivée aient été prévus dans un texte de la loi, et sans que les formes en aient été réglées rigoureusement. Or, ici la loi garde le silence le plus absolu. Un argument d'analogie est-il suffisant pour former la base d'un système tendant à donner ce pouvoir aux juges ?

Il y a évidemment une lacune dans la loi. Du reste, dans la

(1) Paris, juillet 1831. De Belleyrne. *Ordonn. sur req.*, t. I, p. 417.

pratique on n'hésite pas. On considère que l'intérêt général doit guider les juges, d'autant plus que les agents de la force publique ne font pas dans ce cas une véritable arrestation, puisque toute arrestation suppose une détention subséquente plus ou moins longue, après enquête ou interrogatoire.

L'analogie que l'on établit entre le cas dont nous nous occupons et celui qui est prévu par l'article 375, conduit à accorder au président du tribunal lui-même le pouvoir de donner l'ordre à la force publique de prêter secours au père (1). Cependant, bien que ce soit là l'opinion générale, il n'y a pas unanimité dans la jurisprudence.

Ainsi nous trouvons un arrêt de la Cour de Liège qui donne ce pouvoir aux magistrats du parquet. Mais il doit y avoir là une erreur; car il n'y a pas de délit proprement dit commis par l'enfant, à moins toutefois qu'il ne soit en état de vagabondage, auquel cas le pouvoir du parquet ne saurait être douteux.

La Cour de Caen, — et l'opinion à laquelle elle s'est ralliée a été soutenue par M. Ducaurroy, — accorde ce droit aux tribunaux qui prononcent alors un jugement, exécutoire par la force publique. Mais, outre qu'une décision de ce genre est arbitraire puisqu'aucun texte ne la justifie, le mode d'action admis entraînerait bien des longueurs.

Le système qui admet le pouvoir du président du tribunal est le plus plausible, et il est en même temps le plus pratique, à cause de la rapidité de cette voie de juridiction.

Dans tout ce que nous venons de dire, nous avons supposé que l'enfant a quitté la maison paternelle poussé par un esprit d'indépendance ou de révolte. Que faudra-t-il décider s'il s'éloigne parce que les mauvais traitements qu'il aura eu à subir de la part de ses parents lui auront rendu leur demeure insupportable?

Le droit de quitter ainsi sans autorisation la maison paternelle, ne saurait en aucun cas être reconnu à l'enfant qui pourra toujours être contraint à retourner chez son père.

Mais les tribunaux pourront prendre des mesures destinées à le protéger.

84. *Intervention des tribunaux pour restreindre ou retirer le droit de garde, en cas d'abus de puissance.* — Quelles se-

(1) Demol, t. VI, n° 308. Chardon, *puiss. pat.*, ch. 1^{er}, sect. 2, n° 24.

ront ces mesures? Comment les juges arracheront-ils l'enfant à la brutalité de ses parents? Il faudra lui assigner une demeure séparée. Mais ne violera-t-on pas ainsi d'abord la loi et ensuite les principes mêmes de la puissance paternelle? On peut répondre que ce n'est pas porter atteinte aux droits du père que de le mettre dans l'impossibilité d'abuser de sa force vis-à-vis de la faiblesse de l'enfant, cependant nous croyons que les juges ne devront agir qu'avec une extrême circonspection.

L'ingérence trop fréquente des influences étrangères dans le gouvernement du foyer domestique, peut entraîner des inconvénients graves qu'il faut éviter le plus possible.

Dans la pratique, les juges n'hésitent pas à confier l'enfant, soit à la mère, si en fait elle a une demeure séparée de celle de son mari, et qu'elle est ainsi soustraite à son influence; soit à des parents, soit même à des personnes étrangères qu'ils désignent. Et, dans ce cas, ils contraignent le père coupable à fournir une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de l'enfant.

Le droit de garde que le père peut se voir enlever quand il oublie ses devoirs au point de maltraiter d'une manière grave ceux qui sont confiés à sa sollicitude peut-il lui être retiré par le conseil de famille pour cause d'*inconduite notoire*, de *dissipation* ou d'*insolvabilité*?

Un arrêt de la Cour de Paris, du 29 août 1825, se prononce pour la négative en se fondant sur cette considération que les inconvénients qui résulteraient de l'éloignement de l'enfant du centre de la famille seraient plus grands que les avantages qu'on pourrait retirer d'une mesure exceptionnelle et toujours dangereuse.

Il est impossible de nier que ce ne soient là les vrais principes, malheureusement il est également impossible de ne pas y déroger dans la pratique, et la jurisprudence actuelle est absolument fixée dans le sens contraire. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 27 janvier 1879, a déclaré que la mère survivante destituée de la tutelle pour *inconduite notoire*, peut être, en outre, privée par jugement de la garde et de la surveillance de son fils mineur, « attendu que la puissance paternelle établie surtout dans « l'intérêt de l'enfant, n'est pas absolue; qu'il appartient aux » tribunaux d'en restreindre l'exercice quand matériellement ou » moralement, cet intérêt est en péril (1);... »

(1) Dalloz, *jur. gén.* 1879, 1, 223.

C'est là une doctrine qui peut devenir dangereuse, parce qu'aucun cas n'étant prévu, tout est laissé à l'arbitraire des tribunaux.

Et cette insuffisance de règles établies se rencontre aussi bien quand il s'agit de déterminer la manière dont les tribunaux devront agir que lorsqu'on veut poser les limites dans lesquelles leur pouvoir devra être restreint.

Supposons deux époux séparés de corps. Le père a conservé la garde de l'enfant ; celui-ci quitte la maison paternelle pour aller retrouver sa mère qui refuse de le rendre.

Il y a ici un conflit que le président du tribunal ne peut juger seul. Il faudra que le tribunal lui-même soit consulté, et il se déterminera le plus souvent par les circonstances de fait.

Car en Droit, il ne faut pas perdre de vue que le droit de garde, comme tous les droits découlant de la puissance paternelle, appartient au père d'abord, et que seul il en a l'exercice pendant le mariage ; or la séparation de corps n'a pas dissous le mariage.

85. — *Droits de la mère quant à la garde des enfants.* —

La mère n'a que le droit de donner son avis et ce ne serait que par une décision judiciaire, rendue à la suite de faits graves, qu'elle pourrait être substituée, quant à l'exercice du droit de garde, à celui qui demeure le chef véritable de la famille.

Devrait-on voir un abus du droit de garde dans le refus que ferait le père d'indiquer à sa femme la pension dans laquelle il a placé ses enfants, alors que la conduite de celle-ci ne motiverait pas une telle prohibition ?

C'est bien certainement un droit extrême, le *summum jus*. La mère a un droit incontestable de surveillance sur l'éducation de ses enfants, mais ce droit de surveillance deviendra forcément illusoire toutes les fois qu'il y aura un véritable conflit, puisque le dernier mot doit toujours rester au père.

C'est dans ce sens qu'est conçue une décision de jurisprudence citée par Chardon dans son traité de la puissance paternelle (1). Dans une circonstance semblable à celle que nous venons d'indiquer, une femme porta une plainte devant le tribunal de la Seine,

(1) Ch. 1. Sect. 2. § 1. n° 34.

qui la déboute de sa demande. En se plaçant au point de vue du droit pur, il est impossible de juger d'une manière différente.

Une demande en séparation de corps, fondée sur ce procédé injurieux du mari à son égard, pourrait être pour la femme un moyen d'arriver à se faire donner le droit de garder ses enfants. Mais, outre que ce moyen est de ceux que l'on n'emploie qu'à la dernière extrémité, il pourrait de plus demeurer illusoire ; les tribunaux gardant toujours, en prononçant la séparation de corps, le droit de laisser la garde des enfants au mari.

Nous verrons au chapitre des *enfants naturels*, qu'un arrêt de la Cour de Paris autorisa une femme à exiger qu'on lui permit de voir ses enfants. Il semble qu'on doive, à *fortiori*, accorder ce droit à la mère légitime.

Mais les deux espèces sont absolument différentes. Car si, en effet, il est hors de doute que la mère légitime doive être traitée plus favorablement que la mère naturelle, dans la circonstance présente les juges n'étaient pas retenus par l'obstacle que la puissance maritale et paternelle met à toute décision juridique qui tendrait à en détruire les prérogatives.

La question que nous venons de nous poser, par rapport à la femme, peut se présenter également, quoique à un point de vue différent, pour les ascendants.

86. — *Des conflits entre le père et les ascendants pour la garde des enfants.* — On s'est demandé si, après la mort de la mère, le père a le droit d'empêcher les aïeuls maternels de ses enfants de les voir ou de les recevoir chez eux.

Il ne semble pas que la question puisse être douteuse en se plaçant au point de vue juridique pur.

Les ascendants, nous l'avons vu, n'ont pas un véritable droit de puissance paternelle. L'enfant leur doit *honneur et respect*, cela n'est pas douteux, mais pour eux, plus encore que pour les père et mère, ce devoir est purement moral.

Quelle que soit, du reste, la nature de ce devoir des descendants vis-à-vis de leurs ascendants, il n'est pas douteux que, dans aucun cas, les droits de ceux-ci ne peuvent entrer en lutte avec ceux du père, qui demeure seul maître de régler leur conduite et leur éducation.

Ceci étant établi, que déciderons-nous dans l'espèce posée? Un arrêt de la Cour de Bordeaux nous semble s'appuyer sur les vrais principes de la puissance paternelle. Après avoir rappelé ces principes, la Cour, tout en reconnaissant qu'il est important que les liens d'affection qui unissent les enfants à leurs ascendants soient fortifiés le plus possible, déclare que ceux-ci ne partagent jamais l'exercice de la puissance paternelle du vivant des père et mère.

Si un conflit s'élève, les tribunaux ne peuvent être appelés à se prononcer sur le fond même de la question, parce qu'ils ne pourraient pas ne pas donner gain de cause au père, et que, de plus, ils ne pourraient pas forcer celui-ci à rendre compte des motifs qui l'ont guidé. Il peut avoir, en effet, des raisons sérieuses de les tenir secrets, et on s'exposerait « à rendre les dissenti- » ments de la famille plus graves en les livrant à la publicité (1). »

Il nous semble qu'en se plaçant au point de vue du droit, une décision de cette nature ne peut être critiquée. Cela ne veut pas dire que les tribunaux ne pourront pas être appelés à se prononcer sur le caractère injurieux des procédés employés par le père vis-à-vis des aïeuls dans l'exercice de son droit, mais en admettant que ces procédés soient condamnés, jamais une condamnation quelconque de ce genre ne pourra priver le père des pouvoirs absolus que lui confère la garde de ses enfants.

La jurisprudence actuelle n'est pas aussi absolue. Nous citerons deux arrêts récents de la Cour de Cassation, qui établissent les règles suivies actuellement en cette matière.

L'un de ces arrêts établit le droit absolu du père en matière d'éducation et reconnaît que ce droit pourra aller jusqu'à interdire aux aïeuls de voir leurs petits-enfants. Mais il accorde aux tribunaux le pouvoir de régler ce qu'exigent, d'une part l'autorité du père, et de l'autre l'intérêt des enfants, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs établis entre eux et leurs ascendants.

La Cour considère ici l'intérêt des enfants en tant qu'il est lié aux relations qui doivent exister entre eux et leurs ascendants. Mais elle met des restrictions à ce droit de contrôle des tribunaux, et n'admet pas qu'il puisse aller jusqu'à priver le père ou la mère

(1) Dalloz, 1861, 2, 92. Arrêt du 13 juin 1860.

de ses droits de garde, en remettant les enfants à leurs ascendants pendant un temps plus ou moins long (1).

Le second des arrêts, un peu antérieur en date, nous semble moins conforme aux principes, en ce sens qu'il donne aux tribunaux un pouvoir d'appréciation presque illimité.

Le tribunal de Marseille avait autorisé des aïeuls à garder une mineure chez eux à des jours fixes et déterminés. Le père appela de cette décision devant la Cour d'Aix d'abord, qui confirma le premier jugement (2), puis devant la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi en se fondant sur ce que l'autorité paternelle n'est ni absolue ni sans contrôle; que, s'il en est ainsi notamment du droit qui appartient au père de diriger l'éducation de ses enfants, de les placer dans des établissements de son choix et d'interdire la visite des personnes dont l'influence pourrait sembler nuisible, il existe cependant entre les petits-enfants et leurs aïeuls des droits et des devoirs réciproques qui ont leur source dans la nature et leur sanction dans la loi civile.....

Et l'arrêt conclut en établissant d'une manière formelle que les tribunaux sont investis du droit d'apprécier s'il y a de la part du père usage légitime ou abus du droit de puissance paternelle (3).

Une décision de ce genre ne peut s'appuyer sur aucun texte, car le droit de garde du père est absolu, nulle part on ne voit qu'il soit partagé par les ascendants et il ne doit pas l'être. On se place donc en dehors des termes de la loi quand, pour donner gain de cause à des ascendants demandant aux tribunaux de contrôler la conduite du père dans l'exercice de ce droit, on dit que les droits des ascendants ont leur sanction dans la loi civile. Ces droits des ascendants, nous le répétons, quelque respectables qu'ils soient, restent au rang des droits moraux auxquelles la loi, à tort selon nous, n'a attaché aucune sanction. Que les tribunaux jugent en fait des questions de ce genre, c'est leur droit, parce qu'il faut bien réprimer des abus que la loi n'a pas prévus, mais il ne leur appartient pas de poser des règles de droit. Et nous croyons que s'ils ont le pouvoir incontestable, dans des cas de ce genre, de rappeler le père à l'observation des égards

(1) Cassation, Ch. civ. 26 juillet 1870.— Dalloz, 1871, I, 217.

(2) 15 juillet 1869.

(3) Cassation, Ch. des requêtes, 12 juillet 1870.— Dalloz, 1871, I, 218.

qui sont dus aux ascendants, ils ne peuvent trouver là un prétexte pour restreindre un des attributs les plus essentiels de la puissance paternelle.

Devant quel tribunal devra être portée l'action ainsi intentée par les ascendants contre le père tuteur ? La question ne nous semble pas douteuse. C'est là une action absolument personnelle qui ne touche en rien à la tutelle. La question a été cependant contestée, mais la Cour de Paris, dans un arrêt du 8 février 1868, a jugé qu'il fallait s'adresser au tribunal du domicile du défendeur et non à celui du lieu où s'est ouverte la tutelle.

Si nous supposons maintenant qu'un enfant quitte la maison paternelle et aille chez des étrangers qui veulent le retenir malgré les réclamations de ses parents, nous déciderons sans hésiter que ceux-ci pourront toujours s'adresser à la justice pour se faire rendre, même par la force, l'enfant ainsi soustrait à leur garde. Mais de plus, les parents auront le droit de demander des dommages-intérêts parce qu'on leur a causé un préjudice. Ce préjudice ne sera le plus souvent que moral, mais il est de nature à entraîner des conséquences extrêmement graves.

Ces dommages-intérêts seront de plus un moyen de coercition mis aux mains du père pour faire exécuter les décisions de la justice. Ils ne seront dus qu'à partir du jugement qui opère la mise en demeure et par chaque jour de retard (1).

87. — *De la valeur juridique de l'abandon fait par les père et mère de leur droit de garde.* — Lorsque pour une raison ou pour une autre, le père ou la mère a fait abandon entre les mains d'une personne étrangère de l'exercice de son droit de garde, les tribunaux auront-ils le droit de régler les limites de la renonciation ou d'empêcher que le père ou la mère ne se rétracte dans la suite ?

Notre réponse, basée sur les principes que nous avons posés, ne peut être que négative. Une renonciation de ce genre ne saurait avoir une valeur légale. Il pourra en résulter parfois des inconvénients, mais ces inconvénients seront des exceptions très certainement, tandis que ce serait supprimer en fait la puissance paternelle que de laisser un si large pouvoir d'appréciation aux tribunaux.

(1) *Nancy*, 25 janvier 1873. — *Dalloz*, 1873, 2, 11.

Telle n'est pas cependant la ligne de conduite suivie par la jurisprudence.

Deux arrêts récents le prouvent.

Un père de famille devenu veuf avait fait l'abandon de ses droits de tutelle ainsi que de son droit de garde, et avait remis sa démission au conseil de famille. Celui-ci, après l'avoir acceptée, nomma un tuteur.

Il fut jugé que les tribunaux avaient le droit, non-seulement de décider pendant combien de temps les mineurs seraient confiés à la garde du tuteur, mais encore de réglementer les communications que le père pourrait avoir avec ses enfants (1).

L'autre jugement est plus significatif encore. Des parents avaient confié leur enfant malade à ses grands parents qui le soignaient gratuitement. L'enfant, quoique n'étant pas guéri, fut réclamé par ses père et mère qui, en raison de leurs occupations, ne semblaient pas en mesure de lui donner les soins que son état réclamait. Le tribunal de la Seine rejeta leur demande et maintint l'enfant sous la garde de ses aïeuls (2).

Nous reconnaissons tout ce que pouvait avoir de fâcheux une situation de ce genre, mais où s'arrêtera-t-on si l'on restreint sans cesse les droits du père en augmentant sans cesse le droit de contrôle des tribunaux ? Dans ce dernier cas, les juges auraient pu, nous semble-t-il, retirer plus tard aux parents la garde de l'enfant, si le manque de soins avait mis sa vie en péril. Mais nous ne voyons pas à quel titre ils avaient le droit de mettre un obstacle formel à l'exercice d'un droit qui appartient, sans conteste, aux père et mère seuls.

Nous croyons que c'est là une tendance regrettable, mais il est impossible que les tribunaux ne soient pas irrésistiblement portés à étendre le cercle de leurs prérogatives, quand ils sont appelés, chaque jour, à constater l'oubli que font un trop grand nombre de parents, de leurs devoirs les plus sacrés.

88. — *Responsabilité civile du père.* — Nous rattachons au droit de garde la responsabilité civile du père de famille. « Le » père, » dit l'article 1384, « est responsable du dommage causé

(1) Dalloz, 1877, 1, 61. Cass. 9 août 1876.

(2) 15 déc. 1879. Dalloz, 1879, 3, 104.

» par ses enfants mineurs habitant avec lui. Il en est de même
» de la mère après la mort de son mari. »

Il y a ici une présomption légale, que le père possède assez d'ascendant sur ses enfants pour les empêcher de commettre des actes dommageables. On punit son défaut de surveillance. Et cela est si vrai que, s'il peut prouver qu'il n'a pu, malgré toute sa vigilance, empêcher le fait, il est dégagé de la responsabilité.

La loi n'établit pas de distinctions entre les divers enfants *mineurs*. Peu importe alors qu'ils soient émancipés ou non, mariés ou non; mais il est nécessaire, pour que sa responsabilité soit engagée, que ses enfants habitent avec lui. S'ils sont en service ou en apprentissage, ou, en un mot, absents légitimement de la maison, ceux auxquels le père les a confiés deviennent responsables à sa place et peuvent alors être poursuivis comme le père pourrait l'être lui-même.

Le père peut parfois être déclaré également responsable des actes de son fils *majeur*. Mais ici les présomptions ne sont plus contre lui, et celui qui a souffert le préjudice est obligé de prouver que si l'enfant avait été mieux dirigé et soumis à une autorité plus ferme, s'il n'avait pas été perverti par de mauvais exemples, il n'aurait pas commis la faute qu'on lui reproche.

Mais ce n'est plus ici une conséquence directe du droit de garde qui s'est éteint par l'arrivée de l'enfant à l'âge de la majorité. C'est une responsabilité purement morale dont les tribunaux ont le droit de tirer des conséquences.

Le tuteur et, en un mot, tous ceux qui ont la garde des enfants, peuvent être tenus des mêmes obligations.

89. — *Des exceptions posées par la loi au droit de garde.*

— La loi a posé deux exceptions formelles au droit de garde des père et mère. Elles sont contenues dans les articles 476 et 374.

L'article 476 déclare émancipés de plein droit tous les mineurs qui ont contracté mariage. On a supposé que si les parents jugeaient leurs enfants capables de fonder et de diriger une nouvelle famille, ceux-ci devaient être considérés comme aptes également à se diriger eux-mêmes et à accomplir les actes de la vie civile.

L'article 374 permet au mineur de quitter la maison paternelle pour *enrôlement volontaire* et après l'âge de 18 ans révolus.

La loi du 21 mars 1832 a modifié cette disposition du Code et n'a accordé la faculté de s'enrôler sans le consentement paternel qu'au mineur qui est entré dans sa 21^{me} année. « L'engagé » volontaire devra, s'il a moins de 20 ans, justifier du consentement de ses père, mère ou tuteur (art. 32, 5°).

Et la loi du 27 juillet 1872 a maintenu le même âge (art. 46).

Une telle exception est-elle bien nécessaire? N'est-ce pas apporter une restriction bien inutile au droit de garde du père de famille?

Que les parents donnent à leurs enfants l'autorisation de s'engager avant 21 ans, c'est leur droit. Mais lorsqu'ils s'opposent au départ de leurs enfants, la loi devrait respecter leur volonté et supposer qu'ils ont des raisons valables de penser que leur enfant ne pourrait pas sans danger quitter encore la maison paternelle.

N'est-ce pas méconnaître l'autorité du père que de donner au fils un moyen légal de résister à cette autorité? La nécessité de favoriser les engagements dans l'armée ne nous semble pas suffisante pour justifier une telle dérogation à la règle de la majorité.

Section 3^{me}. — Du droit d'éducation.

90. — *De la connexité qui existe entre le droit et le devoir d'éducation.* — Il est un autre droit qui est la conséquence directe et indiscutable de l'obligation imposée par la loi aux pères et mères de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » (Art. 203.) Ce droit entraîne avec lui des devoirs impérieux auxquels aucun père ne pourra se soustraire sans encourir les plus graves responsabilités.

Le père ne reçoit pas seulement la mission de pourvoir aux besoins matériels de son enfant, il doit veiller au développement de ses facultés intellectuelles et morales, lui faire donner une éducation en rapport avec la situation qu'il est appelé à occuper plus tard dans la société, et l'on peut dire que, le plus souvent, l'enfant suivra, pendant sa vie tout entière, l'impulsion qu'il aura reçue dans ses premières années. « Si l'on réformait l'édu-

» cation, » dit Leibnitz, « on réformerait le genre humain (1). »

De cette obligation indiscutable et indiscutée, il résulte que le père doit être investi de pouvoirs suffisants pour diriger son enfant et le maintenir dans la voie qu'il lui a tracée. Il a la responsabilité de la conduite de cet enfant, responsabilité matérielle pendant la minorité, morale plus tard vis-à-vis de la société. Il ne faudrait pas qu'il pût répondre à ceux qui, au nom de cette société, lui reprocheraient les fautes de son enfant, qu'il ne reconnait à personne le droit de lui demander compte des conséquences d'une éducation qu'il n'a pas pu diriger suivant sa manière de voir.

Ce droit d'éducation a été formellement reconnu par un jugement du tribunal de la Seine en date du 7 mars 1877 (2).

Après avoir consacré l'idée que le contrôle des tribunaux doit s'exercer seulement quand il est prouvé que le père a abusé de son autorité ; sans que les juges puissent, en aucun cas, affaiblir entre ses mains le droit de garde que la loi lui a confié ; le jugement ajoute que le père seul, pendant le mariage, a le droit de fixer le genre d'éducation que doivent recevoir les enfants, l'école à laquelle ils seront envoyés, les personnes qui pourront les voir. Seul, il est juge de la somme qu'il entend consacrer à cette instruction, même au cas où, étant absolument hors d'état de payer cette somme sur ses biens personnels, il serait obligé d'y consacrer une partie des revenus de sa femme ; cela résulte de son droit d'administration.

On va plus loin encore et l'on prend le cas où la femme est séparée de biens ; sans doute elle doit même, en ce cas, contribuer aux frais de l'instruction des enfants, et parfois, les supporter seule, si le mari est ruiné. Mais alors on accorde néanmoins au mari le droit de fixer les bases et le mode d'une instruction aux frais de laquelle il ne peut plus subvenir. La mère ne conserve que son droit de contrôle et elle pourrait saisir les tribunaux, s'il y avait abus véritable ou folle imprévoyance.

Dans ce dernier cas, le père ne pourrait être, toutefois, entièrement privé de son droit. On le règlera et, de cette façon, on le limitera peut-être, mais on ne pourra pas le lui arracher, quand

(1) Cité par M. P. Bernard, p. 246.

(2) Sirey, 1877, 2, 248.

bien même ce serait pour le donner, par exemple, à la mère ou aux ascendants.

91. — *De l'éducation religieuse.* — L'éducation de l'enfant comprend, non-seulement son éducation morale, mais aussi son éducation religieuse. Si le père et la mère appartiennent à la même religion, il n'y aura pas de difficultés. Mais que la mère professe un culte différent de celui du père, nous allons nous trouver en présence d'un regrettable conflit qui, le plus souvent, mettra dans le plus grand péril les croyances de l'enfant. Avant d'exposer les différents systèmes qui se sont produits sur ce point, nous devons dire tout d'abord que nous examinons la question au seul point de vue légal, tout en déplorant les résultats qui pourront parfois se produire dans la pratique.

En principe, l'article 203 confie à la mère, en même temps qu'au père le devoir d'élever les enfants; mais, pendant le mariage, le père seul est investi de l'exercice des droits qui découlent de cette obligation. L'article 375 est formel.

Partant de ce point, nous ne saurions être indécis sur la solution à adopter. On a dit, nous le savons, que les droits qui résultent implicitement de l'article 203, sont, en fait, plus souvent exercés par la mère que par le père; surtout en ce qui concerne l'éducation religieuse. Par conséquent, ajoute-t-on, il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'une convention librement consentie, intervint sur ce point entre les deux époux. Les tribunaux se prononceraient, si un dissentiment venait ensuite à se produire (1).

Comment concilie-t-on cette doctrine avec l'article 1388 qui défend aux époux de déroger par les conventions de leur contrat de mariage, aux droits du mari sur la personne des enfants?

Que fait-on également du droit de garde accordé exclusivement au père pendant le mariage? (art. 373 et 374). Supposons, en effet, qu'un tribunal ayant à se prononcer sur une convention de ce genre, la déclare valable et confie à la mère la faculté de donner à ses enfants une éducation religieuse conforme à ses croyances, il faudra commencer par enlever la garde des enfants au père, sans quoi le pouvoir que le tribunal placerait ainsi entre les mains de la mère serait absolument illusoire. Mais comment

(1) Rodière et P. Pont. *Traité du contrat de mariage*, t. 1, nos 55, 57.

pourra-t-on arriver à ce résultat sans violer d'une manière évidente les principes de la loi ?

On ne peut du reste s'appuyer sur aucun texte pour donner aux tribunaux le pouvoir de décider entre le père et la mère, puisque la loi a pris soin de déclarer elle-même qu'au cas de dissentiments venant à s'élever entre les deux, la volonté du père doit l'emporter (art. 148 et 373).

Nous ne croyons pas que la question soit de nature à être sérieusement discutée dans notre législation, quoiqu'une telle doctrine puisse avoir, nous le répétons, des conséquences profondément regrettables dans la pratique. C'est à la femme à ne pas contracter une semblable union lorsque ses convictions religieuses sont assez fortement établies pour lui faire comprendre qu'elle ne peut sans engager sa conscience, s'exposer à voir ses enfants élevés dans des croyances contraires aux siennes. Quelles que soient en effet les conventions qui pourront être faites, elle n'aura en sa possession aucun moyen légal de s'opposer aux vues de son mari.

Que déciderons-nous pour le cas où un père de famille, après avoir fait instruire ses enfants dans une religion, viendra lui-même à en changer ? Pourra-t-il, sans que personne ait le droit de s'y opposer, modifier leur éducation religieuse dans le même sens que ses idées personnelles ?

Un jugement du tribunal de Versailles cassa la délibération d'un conseil de famille qui, se fondant sur l'article 444 des tutelles, avait destitué de la tutelle de ses enfants un père auquel il reprochait une modification de ce genre dans leur éducation religieuse. Le tribunal se fondait sur ce qu'au point de vue juridique un acte de cette nature ne rentre pas dans les termes de l'article 444 (1).

Un arrêt de la Cour d'Angoulême adopta la même doctrine, et donna gain de cause à une mère qui, après la mort de son mari protestant, avait fait embrasser le catholicisme à ses enfants (2). On trouve, au contraire, une décision plus récente du même tribunal de Versailles qui dénie absolument ce droit au père (3). Ces

(1) 30 janv. 1856.

(2) 21 janv. 1857.

(3) 15 janv. 1858.

diverses décisions ne sont pas très probantes, parce qu'elles s'appuient le plus souvent sur des questions de fait. Il est bien évident, du reste, que ce droit du père, poussé jusqu'à de déraisonnables limites, constituerait un abus qu'il serait du devoir des tribunaux de réprimer.

Mais là, plus encore que dans les autres cas, parce que les questions religieuses soulèvent des dissentiments plus graves encore que les autres, les juges doivent agir avec le plus de circonspection possible. Il est si difficile pour un tribunal de pénétrer les motifs qui ont pu, dans telle ou telle circonstance, guider le père de famille.

92. — *Obligation imposée au père de faire instruire ses enfants.* (Loi du 28 mars 1882.) — Depuis la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire, le devoir moral des père et mère de faire instruire leurs enfants est devenu légalement obligatoire. Ici encore, nous nous placerons sur le terrain des principes plutôt qu'en face des applications, et nous examinerons la loi au point de vue seulement de l'atteinte qu'elle porte aux droits du père de famille. Partant de ce principe des droits du père en matière d'éducation, nous croyons qu'on peut contester que l'Etat ait le pouvoir ou du moins soit en situation de s'ériger en juge de la nécessité de tel ou tel degré d'instruction à donner à un enfant. Sans doute il a un intérêt très grand à ce que l'on prépare pour l'avenir des hommes capables de rendre des services au pays; mais le père ne sera-t-il pas, malgré tout, le meilleur juge des moyens à employer pour cela? L'Etat, par sa situation même, doit envisager les choses à un point de vue général, et ne pas descendre à des questions de détail trop multipliées.

Dans cette étude, nous considérons surtout les droits du père, mais nous n'avons pas la pensée de laisser de côté ses devoirs. Or, le père a le devoir impérieux d'élever ses enfants, c'est-à-dire de travailler à leur développement intellectuel et moral, et cette obligation a été formellement écrite dans la loi (art. 203 Code civil).

Mais le but vers lequel on doit diriger les connaissances ou les aptitudes intellectuelles de l'enfant ne sera pas le même pour tous, et le père sera seul juste appréciateur des moyens à employer pour atteindre ce but.

Nous défendons la liberté du père en tant que principe inséparable du principe d'autorité que l'on ne peut, sans danger, lui retirer des mains. Il pourra se produire des abus, mais ces abus seront moins grands, croyons-nous, que ceux qui peuvent résulter de l'immixtion de l'Etat dans les détails de l'administration intérieure de la famille. Nous croyons que le père commettra un acte coupable quand il laissera dans l'ignorance absolue l'enfant dont il aurait dû développer les facultés, mais nous croyons aussi que pour remplir ce devoir le père n'aura pas besoin de se confiner dans les programmes de l'école primaire. Le paysan ou l'ouvrier qui, par ses enseignements et ses exemples, aura fait de son fils un laboureur intelligent ou un artisan habile, aura, selon nous, mieux accompli son devoir vis-à-vis de son enfant, que celui qui, en lui faisant donner une instruction plus complète, aura réussi seulement à développer en lui des aspirations qu'il ne pourra pas, le plus souvent, atteindre.

Il vaut mieux, croyons-nous, pour l'Etat, quel qu'il soit du reste, et de quelques intentions qu'il soit animé, ne pas se charger de ces responsabilités.

Il sera plus fort s'il fait la part plus large à l'initiative particulière, et il court le risque d'user son autorité en l'appliquant à des détails qu'il appartient plutôt à chaque citoyen de régler lui-même.

Ces principes étant posés, nous passerons en revue les dispositions de cette loi de 1882, sans nous y arrêter longuement cependant, parce que c'est beaucoup plus dans l'application que par ses prescriptions mêmes qu'elle peut porter atteinte aux droits d'éducation du père.

L'instruction est obligatoire pour les enfants de 6 à 13 ans (art. 4) ; et les père, mère..., doivent déclarer 15 jours avant la rentrée, dans quelle école ils entendent faire instruire leur enfant (art. 8). Si l'enfant est instruit dans la maison paternelle, il est soumis à des examens auxquels il est obligé de satisfaire, sous peine d'être inscrit d'office dans une école.

La loi prononce des peines (affichage à la porte de la mairie, ou peines de simple police), contre les parents dont les enfants auront manqué l'école plus souvent que le nombre de fois admis par la loi (art. 13 et 14).

Telle est à peu près l'économie de la loi. On voit que les droits

du père sont mis de côté, puisque le temps pendant lequel l'enfant doit rester à l'école, le temps minimum du moins, est fixé.

De plus, quoique le choix de l'école soit laissé à sa discrétion, ce sera là le plus souvent un droit illusoire, puisque là où il n'y aura qu'une école, il disparaîtra : la grande majorité des pères n'ayant pas la facilité de faire instruire leurs enfants chez eux.

Une étude approfondie de cette loi nous entraînerait trop loin, nous devons seulement la signaler dans ce paragraphe qui traite du droit d'éducation du père.

L'Etat avait mieux à faire selon nous qu'à édicter des dispositions rigoureuses contre les parents oublieux de leurs obligations. Il se fût moins compromis en usant de son influence pour engager les pères et mères de famille à ne pas négliger leurs devoirs, qu'en inscrivant dans une loi une obligation qui est contraire aux idées de liberté sur lesquelles la loi semblerait devoir être toujours basée à l'heure actuelle. Une telle obligation dans un grand nombre de cas, suffira pour provoquer une irritation qui suffira à elle seule à faire accomplir de mauvaise grâce un devoir auquel le plus souvent les parents n'eussent pas songé à se soustraire.

93. *Apprentissage. — Lois qui réglementent le travail des enfants.* — Nous avons signalé le droit pour le père de mettre ses enfants en apprentissage ; ce droit se rattache, en effet, au droit d'éducation, à certains points de vue du moins.

Mais ici encore il peut se produire des abus, car il est évident que l'enfant ne pourra pas impunément s'adonner régulièrement à tel ou tel travail, ou le faire pendant un temps trop prolongé chaque jour.

L'Etat aura alors le pouvoir d'intervenir comme puissance protectrice non plus de l'enfant abandonné, mais de l'enfant exploité. Ce droit de l'Etat a été de tout temps reconnu.

C'est basé sur les principes posés en droit coutumier que le droit d'intervention de l'Etat dans les affaires de la famille a passé dans nos lois ; c'est dans ce sens qu'il doit s'exercer. Sans doute, tant que l'enfant a ses protecteurs naturels, l'Etat ne peut que surveiller. Mais cette surveillance, il doit l'exercer avec soin, bien qu'avec prudence.

Les lois de 1841 et de 1874 sur le travail des enfants dans les ateliers et manufactures, ainsi que la loi de 1874 sur la protection

des enfants employés dans les professions ambulantes, ont été faites pour protéger non pas l'enfant abandonné, puisque, dans la plupart des cas, il aura ses parents, mais l'enfant devenu, pour ceux qui doivent non seulement le nourrir mais l'élever, un instrument dont on se sert pour lui faire produire tout ce qu'il peut donner, sans se préoccuper des limites où finissent ses forces.

« La puissance paternelle, disait Cunin Gridaine à la Chambre » des pairs (séance du 12 janvier 1841), n'est pas le droit brutal » d'exploiter les forces de l'enfance et de paralyser le développement de ses facultés, de vendre sa santé et sa vie. La puissance » paternelle est le droit du bienfait et non celui de l'abus. »

Il est certain que les parents ont le droit de faire travailler leurs enfants, nous dirons même qu'ils en ont le devoir. Mais le jour où il y a abus, lorsque la santé ou la vie de l'enfant est en danger, la puissance publique a le droit d'intervenir.

La loi du 22 mars 1841 défendait de recevoir dans des manufactures des enfants âgés de moins de 8 ans, la loi du 19 mai 1874 étendit la prohibition à tous les enfants au-dessous de 12 ans révolus, sauf cependant quand il s'agit d'industries pour lesquelles un règlement d'administration publique croira devoir établir une exception; auquel cas l'âge peut être abaissé à 10 ans.

La loi de 1841 fixait à 8 heures, séparées en deux parties par un repos, la durée du travail des enfants de 8 à 12 ans. Pour ceux de 12 à 16 ans, la durée pouvait être portée à 12 heures, mais toujours avec le repos intercalé. La loi de 1874 a conservé les mêmes règles, sauf pour les enfants de moins de 12 ans; dans le cas où il est permis de les faire travailler, ils ne peuvent le faire pendant plus de 6 heures par jour. Cette même loi déclara ses dispositions non applicables aux enfants qui travailleraient chez leur père et avec lui.

Les deux lois réglementent le travail de nuit. Nul enfant au-dessous de 13 ans ne pourra être employé de 9 h. du soir à 5 h. du matin, disait la loi de 1841. La loi de 1874 est encore plus restrictive et ne permet pas le travail de nuit pour les garçons de moins de 16 ans, et pour les jeunes filles de moins de 21 ans. Elle défend, de plus, de faire travailler dans les mines les enfants de moins de 12 ans.

Le travail est interdit le dimanche et les jours de fête.

Les directeurs d'usines qui contreviendraient à ces dispositions sont frappés d'une amende. On les punit au lieu de punir les parents, afin d'éviter l'impression fâcheuse qu'une peine de ce genre, appliquée aux parents dans ces circonstances, produirait sur les enfants.

Nous avons cité sommairement les dispositions de ces deux lois, dont la seconde est plus restrictive que la première, sans pouvoir entrer dans des détails que notre étude ne comporte pas. Nous ferons de même pour cette autre loi du 7 décembre 1874, qui défend d'employer les enfants à certains exercices dangereux.

Cette loi établit une distinction entre les étrangers et les père et mère des enfants employés, sans toutefois soustraire les derniers à un châtiment quand ils abuseront de leur autorité.

Tout individu qui aura fait exécuter, par des enfants de moins de 16 ans, des tours de force périlleux, ou des exercices de dislocation, peut-être puni d'un emprisonnement et d'une amende (6 mois à 2 ans. 16 à 200 fr.)

La même peine est prononcée contre ceux qui emploient des enfants de moins de 16 ans dans leurs représentations, s'il s'agit de gens exerçant une profession ambulante.

La première de ces deux dispositions s'applique également à tous, étrangers ou père et mère des enfants ; la seconde ne s'applique qu'aux étrangers. La prohibition pour les père et mère ne s'étend que sur les enfants de moins de 12 ans.

Des peines sont également prononcées contre ceux qui engagent les enfants à quitter le domicile de leurs parents ; contre les parents qui livrent leurs enfants à ces vagabonds soit à prix d'argent, soit gratuitement, et enfin contre ceux qui emploient les enfants à mendier en public.

Dans ces divers cas, les parents peuvent être privés de leurs droits de puissance paternelle.

Ce sont des abus qu'un Etat vraiment protecteur devait réformer. Ce n'est pas dépouiller le père de son prestige que de lui défendre de mettre en péril la santé, les mœurs, la vie même de ses enfants ; ce n'est que le mettre dans l'impossibilité d'abdiquer ses droits entre les mains de gens qui en feront à peu près toujours un abus odieux.

Section 4^me. — Droit de correction.

94. — *Caractères du droit de correction.* — Nous ne traiterons ici que du droit de correction mis par la loi aux mains du père de famille.

Il est évident qu'il ne saurait être question du pouvoir que possède toujours le père de punir dans l'intérieur de la maison paternelle, les infractions à son autorité. Et nous croyons que les moyens à employer doivent être laissés entièrement à son choix.

Nous demeurons intimement persuadé pour notre part, que l'autorité qui s'impose avec douceur aura toujours une incontestable supériorité sur celle qui se manifeste violemment. Telle punition qui, donnée avec une sévérité tranquille, produira un effet durable, causera une irritation dangereuse si elle paraît être le résultat d'un mouvement de colère, même justifié.

Mais nous l'avons dit déjà en parlant de l'ancien Droit, et nous le répétons ici, nous ne croyons pas que l'on doive, pour cela, prohiber d'une manière absolue tous les châtimens corporels, comme certains auteurs ont voulu le dire (1), parce que, dans certaines occasions, ils seront nécessaires. Mais le père devra ne les employer qu'avec une circonspection extrême, veiller soigneusement à ce que jamais ils ne dégénèrent en actes de violence et de brutalité. « Il faut tempérer la sévérité passagère par ce calme inaltérable et ce regret de punir qui fait voir que si le père sévit, ce n'est pas pour satisfaire son courroux, contenter un intérêt personnel et savourer le plaisir de la vengeance ; mais pour accomplir l'équité, quoi qu'il lui en coûte, et travailler à l'amélioration de son enfant (2). »

C'est ce que disait un auteur que cite Baluze (3) : « *Quare neque exultanti juvenum libidini frena laxanda sunt, neque ferox atas duriore quam par est imperio magis etiam exasperanda; sed ea utendum dexteritate ut ii qui repre-*

(1) Laurent. *D. civ.*, t. IV., n° 205.

(2) Académie des sc. mor. et polit., 1861, cité par Bernard, p. 210.

(3) *Notes sur Salvien*, p. 223. (Muretus, *lib. VII, variar., lect. cap. IV.*)

» *henduntur, ipsi non odio sui, sed amore potius et beneficen-*
» *tiâ id fieri sentiant; omnino qui ita temperanda omnia ut*
» *ab odio severitatem comitas vindicet et a contemptu seve-*
» *ritas comitatem.* »

« Il ne faut pas lâcher la bride aux passions fougueuses des
» jeunes gens ; mais il serait plus dangereux encore d'exaspérer la
» fierté naturelle à cet âge par l'exercice d'un pouvoir trop sé-
» vère. Il faut agir avec une extrême habileté, afin de faire com-
» prendre aux enfants que, si on les punit, ce n'est pas pour
» satisfaire un sentiment de haine à leur égard, mais que c'est
» au contraire leur donner une marque d'affection, puisque c'est
» pour leur plus grand bien. On doit mesurer avec soin toutes
» choses, de telle sorte que la bonté serve à calmer l'irritation
» que la sévérité pourrait faire naître, et que la sévérité em-
» pêche qu'on ne méprise une trop grande bonté. »

Il nous semble que c'est poser avec une grande sagesse les limites dans lesquelles la douceur et la sévérité doivent être employées dans l'éducation ; si l'on suivait des règles semblables, il n'y aurait pas tant de désordres dans les familles.

Mais le législateur ne doit pas se placer à ce point de vue. Ces règles d'éducation ne sont pas de celles dont il doive s'occuper. Cependant il faut qu'il sanctionne la puissance du père.

Cette sanction, à Rome, résidait dans le pouvoir sans limites laissé au père de famille. Dans notre Droit, le pouvoir de punir est entre les mains des juges d'une manière presque exclusive.

« Quelque confiance que méritent les pères, » disait Réal, au Corps législatif (séance du 23 Ventôse, an II), « la loi ne doit pas
» cependant être basée sur la fausse supposition que tous sont
» également bons et vertueux. »

Sans aucun doute, mais comme les pères indignes sont encore heureusement l'exception, il ne faudrait pas affecter de ne tenir aucun compte de ceux qui n'ont pas démerité.

On est souvent tenté, il nous semble, de confondre le droit de correction avec les mauvais traitements qui ne peuvent même pas en être considérés comme l'abus. Ces deux choses doivent être soigneusement distinguées et nous ne songerons même pas à contester que les tribunaux aient non-seulement le droit, mais encore le devoir d'arracher l'enfant à la brutalité de parents dénaturés.

95. *Droit des tribunaux en cas d'abus de droit de correction.* — On peut se poser à ce propos une question sur la manière dont les choses se passeront pratiquement. Comment un enfant maltraité par ses parents fera-t-il parvenir ses plaintes à la justice ? Il ne lui est pas possible de s'adresser directement aux tribunaux ; car la loi ne lui donne pas, comme à la femme mariée, incapable comme lui, la faculté de se faire autoriser à plaider.

Le premier Consul avait voulu faire décider cette question, mais on ne put aboutir à une solution pratique, et pour arriver à formuler un système quelconque, on en est réduit aux conjectures ou à l'examen des cas analogues réglementés par la loi.

On a dit : mais si l'enfant ne peut agir par lui-même, n'a-t-il pas près de lui sa mère, gardienne toujours attentive et dévouée qui avertira les magistrats ? On peut répondre que la mère est elle-même impuissante pendant le mariage, et que, bien souvent, elle se heurtera à de graves difficultés.

Si l'un des deux parents, père ou mère, est mort, le subrogé-tuteur ou les autres parents désignés par l'article 446, le juge de paix lui-même, sont chargés de voir si l'enfant ne souffre pas entre les mains de son père ou de sa mère.

On a donné également ce droit au ministère public. Cela sera incontestable toutes les fois que les mauvais traitements seront tels qu'ils auront le caractère d'un crime ou d'un délit. Enfin on dit que l'enfant lui-même pourra se plaindre aux tribunaux, parce que c'est là un droit de défense directe (1).

Mais tout ceci, encore une fois, est néanmoins arbitraire, puisque la loi n'a rien prévu. Dans la pratique, les tribunaux profitent de tous les avertissements qui leur sont donnés, pour protéger les enfants en butte aux violences de leurs parents.

Cela ne veut pas dire que le père qui aura ainsi abusé de son pouvoir, sera par le fait seul de la défense que les tribunaux lui feront de garder son enfant près de lui, privé des autres attributs de sa puissance. La Cour de Cassation a établi d'une manière formelle cette distinction dans un arrêt du 3 mars 1856.

Il fut spécifié dans cette affaire que la mère, déclarée par le jugement déchue de ses droits d'éducation, gardait le pouvoir de consentir au mariage de ses enfants, de les émanciper, etc...

(1) Vazeille. T. II, p. 432.

L'arrêt donnait seulement au tuteur et au conseil de famille le pouvoir de régler les rapports qu'elle pourrait avoir avec ses enfants.

Nous verrons que, dans certains cas, les tribunaux pourront, mais cette fois en raison du caractère spécial des mauvais traitements, ne pas priver les parents seulement de leur droit de garde, mais aussi de tous les droits de puissance paternelle.

Mais nous ne serons plus alors en face du droit de correction proprement dit.

96. — *Du droit de correction tel qu'il est organisé par la loi.* — Ce droit, considéré dans ce qu'il a d'absolument légitime, et de nécessaire au maintien du bon ordre dans la société familiale, se trouve dans notre loi renfermé dans des limites assez étroites, et lorsque le père a besoin de recourir à des châtimens plus sévères, il faut qu'il emprunte aux pouvoirs publics l'exercice d'une autorité dont on ne lui a confié que la jouissance.

Les articles 376, 377, 378, 379, 380, 381 et 382 nous donnent les détails des formalités à remplir pour arriver à ce moyen de correction plus grave, la détention de l'enfant.

Art. 376. — « Si l'enfant a moins de seize ans, le père pourra » le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un » mois, et à cet effet le président du tribunal *devra*, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. »

Art. 377. — « Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la » majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir » la détention de son enfant, pendant six mois au plus. Il s'adressera au président du dit tribunal qui, après en avoir conféré » avec le procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger » le temps de la détention requis par le père. »

De ces deux articles, il ressort que le père aura deux manières de faire détenir son enfant suivant l'âge de celui-ci. On a donné à ces deux modes différens les noms de *voie d'autorité* et *voie de réquisition*.

97. — *Détention de l'enfant par voie d'autorité.* — Dans le premier cas, le père n'emprunte à la force publique que les moyens nécessaires pour parvenir à son but.

Le président du tribunal n'intervient pas comme juge ; il donne seulement aux ordres du père ce qui leur manque pour être exécutoires. Il ne peut pas demander au père les motifs qui le font agir ; et celui-ci aura le droit de refuser de répondre à toute interrogation de ce genre. Il est obligé de délivrer l'ordre d'arrestation qu'on lui demande et ne possède même pas le pouvoir d'abrégé ou de prolonger le temps de la détention fixé par le père. Il ne pourrait que rappeler celui-ci à l'observation des règles de la loi, s'il venait à s'en écarter en dépassant la limite extrême fixée pour la détention de l'enfant âgé de moins de seize ans, c'est-à-dire un mois.

Pourquoi ces distinctions ? On a dit que le père ne serait pas exposé à se laisser entraîner par la passion vis-à-vis d'un enfant si jeune, et qu'alors le pouvoir modérateur du président serait inutile ; quant à la durée de la détention, on a jugé que les fautes d'un enfant âgé de moins de seize ans ne pourraient jamais être assez graves pour motiver un châtement plus rigoureux.

Quelles que soient les raisons qui ont guidé le législateur, il faut reconnaître qu'il eût été souvent bien puéril pour le président d'un tribunal de discuter avec un père de famille sur les démêlés qu'il pourrait avoir avec un enfant de quinze ans, et c'eût été restreindre d'une façon dérisoire le pouvoir d'éducation du père que de ne pas le laisser seul juge des moyens à employer, non pour faire souffrir son enfant, remarquons-le bien, mais pour le corriger.

Donc, toutes les fois que l'enfant a moins de seize ans et, ainsi que nous allons l'examiner, quand il n'a ni biens personnels, ni état, et quand le père n'est pas remarié, le droit de ce père est absolu. Le président du tribunal ne fait que le sanctionner sans pouvoir le discuter, et l'enfant est obligé d'obéir à ses prescriptions. On ne lui accorde ici aucun droit d'appel. On s'est demandé pourquoi le père n'avait pas besoin de motiver sa décision, alors que c'est un principe fondamental écrit dans la loi, que tous les jugements doivent l'être. C'est qu'il ne s'agit pas ici, à proprement parler, d'un jugement, puisque le président ne fait que donner force exécutoire à la volonté du père manifestée devant lui.

Mais aussitôt que l'on se trouve dans un des cas que nous venons d'énumérer, la loi resserre les limites dans lesquelles elle

renferme les droits de puissance du père, et si celui-ci veut recourir aux mesures de rigueur, il s'expose à voir discuter et par là même affaiblir, sinon détruire, aux yeux de son fils, son autorité qui, en face d'un enfant insoumis ou rebelle, devrait au contraire demeurer forte et incontestée.

Nous exposerons le système suivi par la loi quand il s'agit des enfants âgés de plus de seize ans, et nous examinerons ensuite les modifications apportées à la règle lorsque le père est remarié ou lorsque la mère exerce le droit de correction en l'absence ou après la mort du père.

98. — *Détention de l'enfant par voie de réquisition.* — Reprenons l'article 377 : « Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement » *requérir* la détention de son enfant pendant six mois au plus ; » il s'adressera au président du tribunal qui, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père. »

Des différences radicales séparent donc les deux modes d'action mis à la disposition du père pour punir son fils.

Tandis que, dans le premier cas, en effet, le président se borne à donner force exécutoire à la décision du père ; dans le second, il l'examine, en discute les motifs, consulte le parquet et rend alors en quelque sorte un jugement ratifiant, modifiant ou cassant la sentence du père.

Cette différence, a-t-on dit, se justifie par ce motif, que les discussions pouvant s'élever plus fréquentes et plus graves entre le père et son fils parvenu à l'âge d'homme, on a craint que le père ne se laissât entraîner par l'irritation ou par les ressentiments.

L'article 382 se réfère à l'article 377, et assimile les enfants au-dessus de seize ans à ceux qui ont dépassé cet âge, lorsqu'ils exercent un état ou lorsqu'ils ont des biens personnels. Le père, dans ces deux cas, ne pourra les faire détenir que par voie de réquisition. On a craint que le père ne pût causer un trop grave préjudice à son enfant, en le faisant détenir sans raisons graves, alors qu'il exerce une profession rémunératrice.

Pour le cas où l'enfant a des biens personnels, on a dit que le père, en menaçant son enfant de mesures de rigueur, pourrait

exercer une pression sur lui dans le but de se les faire remettre. Mais l'enfant âgé de moins de seize ans n'a pas la jouissance de ses biens, encore moins pourrait-il en disposer en faveur de qui que ce soit, quand bien même on emploierait vis-à-de lui tous les genres de violences ou d'intimidation imaginables? Sans doute, disent les partisans de la première opinion, il en est ainsi en droit, mais, en fait, il pourrait arriver que l'enfant, bien que faisant un acte nul, se crût obligé moralement et en conscience d'exécuter un engagement de cette nature.

Quoi qu'il en soit, toute discussion à ce sujet ne peut exister qu'au point de vue doctrinal, puisque la loi est formelle.

L'analogie existe, avons-nous dit, entre le cas où l'enfant a plus de seize ans, et celui où ayant moins de seize ans, il exerce un état ou possède des biens personnels.

Cette analogie est-elle absolument complète, et le père qui, dans les deux derniers cas spécifiés, ne peut faire détenir que par voie de réquisition son enfant, âgé de moins de seize ans, aura-t-il la faculté de fixer la durée de cette détention à six mois?

Nous avons dit déjà que c'est en raison du peu de gravité des écarts d'un enfant de moins de seize ans que la loi a fixé le maximum de la détention à un mois; cette raison, croyons-nous, doit régler notre réponse, et nous dirons que si, dans ces cas spéciaux, on a cru devoir assimiler l'enfant de moins de seize ans à celui qui a dépassé cet âge, ce n'a été que pour donner à la décision du père le contrôle du président du tribunal, et non pour augmenter les droits du père à son égard.

C'est l'avis de M. Demolombe (1) qui dit qu'on doit s'en tenir au texte de la loi, laquelle ne fait pas de distinctions. L'enfant a-t-il moins de seize ans, le maximum de la détention est d'un mois; a-t-il plus de seize ans, il est de six mois.

Les articles 376 et 377 sont formels. Or, trouve-t-on un texte pour prouver que l'article 382, auquel nous verrons qu'il faut rattacher les articles 380 et 381, déroge à cette règle? Rien ne l'indique, et s'il y a une corrélation entre cet article et l'article 377 auquel il se réfère, c'est uniquement au point de vue des formes à suivre et non pour aggraver la position de l'enfant. On a dit que le contre-poids de l'autorité du président serait suffisant pour empêcher le père d'abuser de la latitude plus grande qu'on

(1) Demol., t. VI, n° 329. — Contr. Aubry et Rau, t. III, p. 677.

lui donnerait. Mais M. Demolombe croit aussi que la pensée de la loi a été seulement d'élever le maximum du temps de la détention, pour le cas où le père pourrait avoir besoin de châtiments plus sévères.

Le droit de correction du père ne peut également s'exercer que par voie de réquisition, même sur l'enfant de moins de seize ans, dans le cas prévu par l'article 380.

« Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son » enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de » seize ans, de se conformer à l'article 377. »

On a évidemment craint ici les influences de la belle-mère qui pourrait parfois engager son mari à prendre des mesures de rigueur. Mais alors ne doit-on pas décider que si le père redevient veuf, il reprendra ses droits entiers ?

Pour l'affirmative on dit : l'article 380 parle du père remarié, ce qui veut dire : qui est en état de mariage et non pas qui s'est remarié. Mais, répondent les adversaires, les sentiments du père que l'on suppose modifiés par la belle-mère, pendant le mariage, persistent même après sa mort, surtout s'il y a des enfants du second lit. Il n'y a donc pas lieu de revenir au droit commun. Les premiers reprennent qu'on n'a pas le droit de suspecter à ce point les sentiments de tendresse paternelle ; que sans doute on peut craindre que sous l'influence directe et actuelle d'une personne qui exerce un empire sur l'esprit du père, il n'ait pas la même impartialité ; mais qu'une fois cette personne disparue, on n'a plus de raison de se défier du jugement du père.

Du reste, ajoute-t-on, les travaux préparatoires du Code parlent de l'époux *qui est remarié*, des parents *qui sont remariés* et jamais de celui qui *s'est remarié*, de ceux qui se sont remariés. (Fenet, t. X, p. 520, 529, 530, 542.)

M. Demolombe n'admet pas cela, et dit que l'influence mauvaise ne saurait être considérée comme effacée. Les père et mère, dit-il, ont perdu leur droit ; aucun texte ne le leur rend, la déchéance subsiste donc ; et quand on dit que la loi en parlant du père remarié a voulu exclure le cas où il est de nouveau veuf, on fausse l'esprit de la loi qui a entendu parler en général du père qui a contracté un second mariage.

Cet avis nous paraît le plus juridique (1).

(1) Demol, t. VI, n° 324. — *Contr. Zachariæ*, t. III, p. 677. — Marcadé, t. II, art. 375, etc.

99. *Restrictions apportées au Droit de correction quand il est exercé par la mère.* — Les restrictions apportées au droit de correction du père de famille, dans les cas déterminés que nous venons d'examiner, sont d'une autre nature quand il s'agit de la mère « survivante et non remariée », dit l'article 381.

Avant d'examiner ces restrictions, nous pouvons nous demander ce qui arriverait si la mère se remariait.

On retombe alors dans le cas d'une tutelle ordinaire, lorsque la femme a été maintenue dans ses fonctions de tutrice par le conseil de famille. C'est avec le concours de celui-ci et l'assistance de son second mari, co-tuteur, qu'elle pourra exercer son droit de correction.

Cependant nous devons dire qu'il existe ici une controverse sur la question de savoir si l'article 468, qui règle le droit de correction du tuteur, doit toujours être appliqué.

Mais il ne nous semble pas que la question puisse être douteuse, car il n'y a aucune raison de refuser à la mère tutrice des droits qu'on accorde au tuteur étranger.

Si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle, après son second mariage, alors elle perd son droit de correction. Si le mari meurt, on admet généralement qu'on retombe dans le droit commun. *Cessante causa, cessat effectus.*

Ici on n'a plus autant à craindre la persistance d'une influence mauvaise. La femme cesse d'être en puissance de son mari et reprend par là même son indépendance.

Revenons à l'article 381, il est ainsi conçu : « La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec » le concours des deux plus proches parents paternels et par voie » de réquisition, conformément à l'article 377. »

Tout d'abord, doit-on prendre cet article dans son sens le plus strict et décider que la mère n'aura le droit de correction qu'après la mort de son mari, et non dans les circonstances où pour une autre raison il ne pourra pas l'exercer ?

Il nous semble qu'on peut répondre que le droit de correction découlant directement de la puissance paternelle, toutes les fois que la mère aura l'exercice de celle-ci, par suite, soit de la mort, soit de la démence ou de l'absence du mari, elle exercera le droit de correction en se conformant aux prescriptions de l'article 381.

Si cet article n'a visé que le cas de mort du mari, n'est-ce pas parce qu'il a voulu statuer sur le *plerumque fit* ?

La mère, avant de présenter sa requête au président du tribunal, devra consulter les deux plus proches parents paternels de l'enfant, et le mot « concours, » employé par la loi, doit s'entendre dans un sens strict ; c'est-à-dire que le consentement des deux est nécessaire.

L'ordonnance du président pourrait donc être cassée, s'il l'avait rendue malgré le non consentement et, à plus forte raison, malgré l'opposition de l'un des deux.

Rien n'indique du reste qu'il soit nécessaire que les deux parents soient présents et donnent de vive voix leur approbation.

Mais il peut arriver que l'enfant n'ait pas de parents paternels.

Il nous semble que, ce cas n'ayant pas été prévu expressément par le Code, il faudrait appliquer par analogie la solution donnée par l'article 499 qui règle un cas de même nature, à propos des personnes qui doivent former le conseil de famille d'un mineur.

Nous trouvons dans l'ouvrage de M. de Belleyne sur les ordonnances en référé des décisions prises dans ce sens.

« Nous, président..., vu l'article 381..., et sur la réquisition » tant de la dame... que des sieurs... les deux plus proches parents... *ou amis à défaut de parents...* (T. III, p. 14.) »

Cependant ceci est fort controversé et certains auteurs se sont demandé si on devrait mettre aux mains de la mère ce pouvoir, quand l'enfant n'aurait pas de parents dont l'influence pût contrebalancer une autre influence mauvaise agissant en sens inverse sur la mère. Au nombre de ces auteurs est Proudhon qui, n'admettant pas que l'on remplace par des amis les parents qui font défaut, refuse purement et simplement tout droit de correction à la mère (1).

M. Ducaurroy (2) soutient un système diamétralement opposé, et dit : l'article 381 ne fait que poser des conditions à l'exercice d'un droit qui réside en la personne de la mère comme en celle du père. Si la condition est impossible à réaliser, la mère rentre en possession de ses droits complets. Et tandis que le premier

(1) T. II, p. 247.

(2) T. I, p. 557.

système refuse tout droit de correction à la mère, même avec le concours de deux amis, tenant la place des parents qui manquent, le second lui donne un pouvoir plus grand que celui qu'elle posséderait si l'enfant avait près de lui deux parents capables de faire modifier une décision trop prompte ou trop irréflichte. Taulier adopte ce système jusque dans ses conséquences les plus absurdes.

Nous croyons que le système qui rentre le plus dans l'esprit de la loi est celui que nous avons exposé le premier, et qui a été soutenu par M. Demolombe.

La loi ne s'explique pas d'une manière catégorique : on doit donc chercher à quelle décision elle s'arrête dans des circonstances analogues.

Si donc, il n'y a pas de parents pour assister la mère, on appellera des alliés; s'il n'y a pas d'alliés, des amis, ainsi qu'il a été réglé dans les articles 407 et 409.

On objecte que le concours de deux amis sera inutile, puisque le président sera toujours là pour exercer une surveillance efficace, lui seul devant prononcer en dernier ressort. Mais on peut répondre que la loi qui décidait que la mère pourrait exercer son droit de correction seulement par voie de réquisition, c'est-à-dire avec le contrôle du président, avait cru néanmoins devoir prescrire, en outre, la présence de deux parents. On doit en conclure qu'elle ne considérerait pas ce contrôle du président comme suffisant. Et ce sont, en effet, les parents qui, dans des circonstances de ce genre, seront les plus en mesure d'éclairer le président sur la situation de l'enfant et sur les rapports qui peuvent exister entre sa mère et lui.

Une seconde objection consiste à dire que le concours de ces deux amis sera purement illusoire. Est-ce bien certain? Sans doute ils pourront ne pas porter à l'enfant le même intérêt qu'il eût inspiré à des parents; mais ils pourront néanmoins, nous le répétons, donner de sérieux et utiles avis.

Nous croyons donc que, s'il existe un conseil de famille, c'est parmi ses membres qu'il faudra choisir les deux personnes chargées d'assister la mère. S'il n'existait pas de conseil de famille, parce que le père est encore vivant, mais en état de démence, par exemple, le juge de paix ou le président du tribunal sera chargé de les désigner.

On s'est demandé comment on pouvait concilier le texte de l'article 381 avec celui de l'article 468 qui règle la manière dont le tuteur peut exercer le droit de correction. La réponse consiste à dire que la mère n'agit pas ici comme tutrice, mais comme mère exerçant son droit de puissance paternelle. Nous avons déjà vu cette question et constaté que l'article 468 doit être appliqué lorsqu'on ne se trouve pas dans les termes de l'article 381, c'est-à-dire quand la mère est remariée.

Les droits du père et de la mère sont donc différents, du moins quant à leur manière de s'exercer, lorsqu'il s'agit de corriger leurs enfants. Nous retrouvons les mêmes différences quand il est question de faire grâce à l'enfant que l'on juge suffisamment puni.

100. — *Droit de grâce.* — L'article 379 dit : « Le père est toujours maître d'abrégier le temps de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra de nouveau être ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents ».

Que l'emprisonnement ait été fait par voie d'autorité ou par voie de réquisition, le père conserve toujours sa liberté toute entière et peut même ne pas faire exécuter l'ordre d'arrestation délivré par le président.

Doit-on induire des termes de l'article 379, *in fine*, que le père n'aura le droit de faire de nouveau détenir l'enfant, qu'autant qu'il lui aura, une première fois, accordé son pardon, lequel pardon se sera manifesté, soit par la non mise à exécution de l'ordre d'arrestation donné par le président, soit par l'abréviation de la durée de la détention ?

L'article 379 ne met aucune restriction au droit du père ; et, du reste, les nouveaux écarts ne justifient-ils pas, encore plus que les premiers, les mesures de rigueur auxquelles le père est obligé de recourir ? De ce que l'article 379 se réfère seulement aux articles précédents et non à ceux qui suivent, nous ne saurions conclure que la loi a entendu établir une distinction entre le cas où l'enfant est puni pour la première fois, et celui où il a déjà mérité une première détention dont son père lui a fait grâce en tout ou en partie.

Le droit du père n'est pas modifié ; et nous dirons malgré les

hésitations de M. Demante : Si l'enfant qui a mérité d'être détenu une seconde fois a moins de seize ans, le président devra délivrer l'ordre d'arrestation sur la simple demande du père sans pouvoir le contraindre à alléguer les motifs qui l'obligent à recourir de nouveau à des mesures sévères.

Les travaux préparatoires du Code montrent que les intentions du législateur étaient entièrement conformes au système que nous défendons. L'article 3 du projet disait : « La détention ne » pourra pour la première fois excéder six mois; elle pourra » durer une année si l'enfant redevenu libre, retombe dans les » écarts qui l'avaient motivée (1). »

On proclamait d'une manière absolue les pouvoirs du père en cas de récidive, puisqu'on les maintenait en les étendant. Rien ne peut faire supposer qu'on a entendu s'écarter de cette ligne de conduite; le droit du père subsiste donc en entier.

101. *Du droit de grâce laissé à la mère.* — Doit-on décider à l'égard de la mère qu'elle possède dans les mêmes limites que le père le droit de faire grâce ? La loi ne dit absolument rien sur ce point, aussi s'est-il élevé une controverse qui subsiste toujours.

On nie les droits de la mère en disant que l'article 381 ne vise pas l'article 379, lequel doit alors s'appliquer au père seul. La mère est trop faible; après avoir sévi dans un moment de légitime irritation, elle pardonnerait ensuite trop aisément et compromettrait son autorité. Dans ce premier système, on ne reconnaît donc dans aucun cas à la mère le droit de faire grâce (2).

Dans une autre opinion on consent bien à donner à la mère le droit de pardon, mais on en subordonne l'exercice aux mêmes restrictions que le droit de punir; c'est-à-dire qu'on exige le concours de deux parents paternels de l'enfant. Cette précaution suffit, dit-on, pour écarter toute crainte de faiblesse de la part de la mère (3).

Enfin, dans un troisième système, auquel nous nous rallions, on permet purement et simplement à la mère de faire grâce (4). On interprète en faveur de la mère le silence de la loi. Il pourra y

(1) Fenet, t. X, p. 479.

(2) Proudhon, t. I, p. 247.

(3) Marcadé, II, art. 379, n° 3. — Taulier, I, p. 483.

(4) Demolombe, VI, n° 256. Zachariæ, I, p. 676....

avoir des cas où le repentir de l'enfant sera vrai. Si l'on accepte la première opinion, nul ne pourra pardonner. Du reste, la puissance paternelle est commune, en principe, au père et à la mère; celle-ci en possède donc toutes les prérogatives qui ne lui ont pas été expressément retirées par la loi. Or ici, nous ne trouvons aucun texte qui défende à la mère de faire grâce.

102. — *Recours contre les ordonnances du président du tribunal.* — Le père a-t-il, de son côté, un moyen de faire réformer la décision du président du tribunal, lorsque celui-ci refuse, par exemple, de délivrer l'ordre d'arrestation ou de diminuer le temps de la détention requis par le père ?

Rien n'a été réglé sur ce point, et les analogies que l'on pourrait rechercher seraient nécessairement très peu probantes, très indirectes, parce que la procédure ici n'a rien de contentieux.

Nous savons, toutefois, que l'appel des décisions du président du tribunal jugeant en référé est porté devant la Cour d'appel qui juge également sans procédure et sommairement (art. 809 Cod. Proc.). Nous savons aussi que le président du tribunal a toujours le droit de porter lui-même l'affaire devant le tribunal, qui juge dans la même forme, c'est-à-dire sommairement, et dont la décision est susceptible d'un appel ordinaire.

Mais tout ceci n'a qu'un rapport très indirect avec la question dont nous nous occupons, puisqu'ici la juridiction du président est absolument gracieuse. La loi, en n'organisant pas une procédure d'appel, semble avoir voulu laisser au président un pouvoir discrétionnaire, car rien ne peut faire supposer que l'on doive appliquer ici les règles que la loi a organisées dans l'article 382 pour l'appel de l'enfant.

Où devra-t-on conduire l'enfant quand le président aura donné l'ordre de procéder à son arrestation ? Sera-ce dans les maisons de détention ordinaires ?

103. — *Des maisons désignées pour la détention des enfants, et des formes à employer.* — Le projet primitif du Code disait que ce serait dans une maison de correction ; mais, sur l'observation de Lebrun, on supprima l'article, parce qu'il fit remarquer qu'« envoyer les enfants dans une maison de correction, c'était » les envoyer au crime (1). »

(1) Fenet, t. X, p. 509.

Certaines maisons se fondèrent pour recevoir les détenus de cette catégorie, notamment à Paris, rue de la Roquette, et au couvent de la Madeleine. Un décret du 30 septembre 1807 désignait même une maison dirigée par les Dames de Saint-Michel.

Il est certain que la détention d'un enfant, quand elle est ordonnée ou requise par le père, ne doit pas ressembler à la détention d'un criminel. Elle doit tendre, sans doute, à punir, mais surtout à corriger. C'est la tâche qu'avait entreprise à Mettray, un ancien conseiller à la Cour de Paris, M. de Metz, et d'heureux résultats ont couronné ses efforts.

D'autres colonies se sont fondées à son exemple, et une loi du 5 août 1850 a reconnu les bons résultats ainsi obtenus en n'attribuant qu'en seconde ligne à l'Etat, le soin d'établir des Colonies pénitenciaires de jeunes détenus.

Sans doute, il y aura toujours des natures qui demeureront rebelles à toute amélioration, mais quand bien même les résultats heureux ne devraient pas se généraliser, l'œuvre n'en sera pas moins digne des plus grands éloges.

La loi ne s'est occupée que des formes de l'arrestation, afin de les organiser de telle sorte qu'elles donnent à cette mesure le moins de publicité possible.

Il n'y a point d'écritures nécessaires, la demande peut être faite verbalement ; point de procès-verbaux d'arrestation ou d'écrou ; une simple mention sur un registre spécial est destinée seulement à mettre à couvert la responsabilité de celui à qui est remis l'enfant.

On s'est demandé comment concilier cette disposition de l'article 378 avec celle de l'article 609 du Code d'instruction criminelle qui défend d'opérer aucune arrestation sans qu'il soit dressé un procès-verbal qui en établisse la légalité. Il faut voir là certainement une exception formelle, qu'en raison des circonstances, la loi a sciemment et volontairement établie.

Dans le 2^e alinéa de l'article 378, il est dit que le « père est » tenu de souscrire une soumission, de payer tous les frais, et de » fournir les aliments convenables ».

Il y a après le mot « frais » une virgule qui n'existait pas dans le projet du Code. On a voulu en tirer cette conclusion que les mots « et de fournir les aliments » dépendaient du mot « tenu » et non pas du mot « soumission. » D'où il résultait que si le père

devait seulement s'engager à payer les frais, il était nécessaire, au contraire, qu'il consignât une somme suffisante pour la nourriture de l'enfant. On s'appuie dans ce système sur les articles 789, 792 et 800 qui, avant que la contrainte par corps fût abolie, obligeaient le créancier à fournir à l'avance les frais de nourriture de son débiteur qu'il voulait faire détenir. Sans doute, les deux cas sont bien différents; mais cependant on pourrait justifier cette explication en disant que la loi a pu avoir pour but d'éviter que le père ne cherchât, en faisant détenir son enfant, à se dispenser de le nourrir et de l'entretenir. Cependant cette condition, si on la suppose écrite dans la loi, sera souvent une entrave mise au droit du père. Car telle famille dont le budget suffit à nourrir les enfants réunis, ne pourrait pas en distraire la somme nécessaire pour le paiement immédiat de ce que doit dépenser un de ses enfants pendant six mois par exemple.

Il y a donc là une difficulté. Ajoutons toutefois que, si les parents étaient indigents, ils pourraient être dispensés de tous frais sur l'attestation du juge de paix, du maire ou du commissaire de police.

104. — *Droit de recours laissé à l'enfant détenu.* — Il nous reste à examiner les dispositions contenues dans la seconde partie de l'article 382, relatives au droit que possède l'enfant de faire réformer la sentence portée par son père, ou du moins l'ordonnance présidentielle qui lui donne force exécutoire.

La première partie de l'article, nous l'avons vu déjà, décide que, si l'enfant a des biens personnels ou s'il exerce un état, il ne pourra être détenu que par voie de réquisition, quand bien même il aurait moins de seize ans.

Il est dit ensuite dans la seconde partie que l'enfant aura un droit de recours pour faire « révoquer ou modifier l'ordre délivré » par le président du tribunal de première instance. »

Il faut dire recours et non pas appel, car la procédure, tout officieuse du reste, ne suspend en aucune façon l'arrestation ou la détention.

Voici quelle est la marche à suivre : l'enfant détenu, en vertu de l'ordre du président, adresse un mémoire au procureur général près la Cour d'appel. Celui-ci consulte le procureur près le tribunal de première instance et fait, d'après les renseignements ainsi

obtenus, un rapport au premier président. Alors celui-ci informe le père, fait, toujours officieusement, une enquête pour s'éclairer et *réforme, révoque ou modifie* l'ordre d'arrestation primitif.

Comment doit-on interpréter cet article ? Faut-il lier les deux parties et dire que le droit de recours n'appartiendra qu'à l'enfant qui se trouvera dans l'un des deux cas énoncés ? ou faut-il décider, au contraire, que l'enfant le possédera toutes les fois que le père aura agi par voie de réquisition ?

Le texte de l'article lui-même ne nous fournit aucune explication, et les travaux préparatoires du Code ne contiennent que des opinions contradictoires sans solution législative.

Cambacérès aurait voulu ne donner le droit d'appel qu'à l'enfant ayant des biens personnels dont le père aurait la jouissance. Un amendement, qui fut adopté, n'admit pas cette distinction.

L'article 12 du projet disait : « Dans le cas où l'enfant aura des » biens personnels, la détention ne pourra, quel que soit son âge, » avoir lieu que par voie de réquisition, et l'enfant détenu pourra » adresser au commissaire du gouvernement près le tribunal » d'appel un mémoire contenant ses moyens de défense (1). »

Le tribunal supprima la fin de cet article, disant qu'il était incomplet puisqu'il ne contenait pas l'organisation de ce mode de recours, et inutile puisque l'appel était admis dans tous les cas (2).

Le Conseil d'Etat reprit l'article et organisa alors un vrai recours, dont il régla la procédure. Le tout fut inséré dans l'article 382, mais évidemment sans qu'on eût la pensée d'appliquer d'une manière exclusive cette seconde partie de l'article à la première.

Il faut remarquer toutefois que, dans le Conseil d'Etat même, il y eut des opinions différentes à ce sujet, ce qui rend l'interprétation plus difficile encore (3).

Mais si l'on considère l'ensemble de la législation, on reconnaît que les raisons qui militent en faveur du droit de recours de l'enfant étant les mêmes dans tous les cas, il est probable que l'intention du législateur n'a pas dû être de le limiter à ces deux circonstances déterminées.

(1) Locré, *lég. civ.* T. VII, p. 41.

(2) Locré, *lég. civ.* T. VII, p. 45.

(3) Locré, t. VII, p. 61.

Quelles sont, en effet, les raisons alléguées? C'est, dit-on, qu'il est nécessaire « d'éviter les intrigues de localités, de prévenir » les surprises et d'empêcher que le droit de correction puisse devenir un moyen de despotisme » (1).

Il est certain que, si l'on croit devoir concevoir de semblables craintes sur la justice paternelle, ce droit d'appel doit appartenir au fils dans tous les cas où il est détenu.

Il nous semble que ces craintes peuvent être taxées d'exagération. Le père de famille présente, en général, assez de garanties pour que l'on puisse dispenser de l'appel ses décisions que contrôle déjà le président du tribunal. On pourrait, partant de cette idée, restreindre, autant que possible, les circonstances dans lesquelles s'exercera ce droit de l'enfant et ne le concéder que dans les deux cas dont parle l'article 382 (2).

Dans le système qui étend à tous les cas le droit de recours, ne donne-t-on pas, du reste, un pouvoir excessif au premier président, puisqu'il pourrait dans toutes les circonstances réformer les décisions du président du tribunal civil.

105.— *Droit de correction laissé aux étrangers.* — Que faudra-t-il décider par rapport aux étrangers non autorisés à établir leur domicile en France? Devra-t-on leur accorder le droit de correction tel qu'il appartient aux Français, c'est-à-dire avec ses prérogatives et ses restrictions?

Les lois personnelles ne régissent que les Français; or, les dispositions contenues dans les articles 375 et suivants sont essentiellement personnelles, elles ne regardent donc pas les étrangers.

Mais ces articles règlent la procédure à suivre; alors on peut décider que les étrangers qui voudront faire détenir leurs enfants seront tenus de s'y conformer, plutôt qu'on ne dirait que c'est là un bénéfice qu'on leur accorde. Il serait toutefois difficile de donner le droit lui-même à un étranger auquel il ne serait pas concédé par sa propre législation.

On a voulu assimiler, nous le savons, ces règles d'organisation du droit de correction paternelle aux lois de police et de sûreté, en disant qu'elles servent au maintien de la tranquillité des

(1) Fenet, t. X, p. 530-531.

(2) Duranton, t. III, no 355.

familles, laquelle est intimement liée à l'ordre public. Et à ce titre, elles doivent, dit-on, obliger tous ceux qui habitent le territoire. Ce raisonnement va peut être un peu loin ; cependant il n'est pas douteux que si l'insubordination de l'enfant mettait en danger la « sécurité du père ou la tranquillité publique », on pourrait donner au père le droit de faire détenir l'enfant (1).

106. — *Du droit de consentir au mariage.* — Le droit que possède le père de famille d'exiger que ses enfants ne se marient pas sans son consentement, revêt un caractère spécial. Il survit à l'extinction de la puissance paternelle proprement dite et, à défaut des père et mère, il peut être exercé par les ascendants.

Nous avons vu qu'en ce qui regarde ces derniers on a contesté que le droit dérivât de la puissance paternelle proprement dite ; mais ceci est une question doctrinale qui ne change rien au droit lui-même.

On pourrait diviser en plusieurs catégories distinctes les dispositions de la loi en vertu desquelles les père et mère ou les ascendants peuvent empêcher ou retarder le mariage de leurs enfants ou petits-enfants.

Une première catégorie comprendrait ces empêchements que la résistance de l'enfant ne peut pas faire disparaître et qui résultent du non-consentement des père et mère, ou à leur défaut, des aïeuls et aïeules, au mariage d'un fils âgé de moins de 25 ans, ou d'une fille mineure de 21 ans. Et on pourrait y joindre la prohibition faite aux mineurs de 21 ans, fils ou fille, qui n'ont ni père, ni mère, ni ascendants, de se marier sans avoir obtenu préalablement le consentement de leur conseil de famille (art. 148, 149, 150).

Dans une seconde catégorie se trouveraient placées les mesures tendant, en réalité, à retarder seulement l'accomplissement du mariage ; mesures que la résistance de l'enfant, prolongée après les délais légaux, prescrits par l'article 152, rend en fin de compte illusoire. Les formalités dont il est ici question, sont celles des trois actes respectueux que le fils de 25 à 30 ans, la fille de 21 à 25, doivent renouveler de mois en mois, et à défaut desquels l'officier de l'état-civil ne pourrait pas procéder au mariage (art. 151, 152, 154, 155, 156 et 157).

(1) Demol, t. VI, n° 357.

Dans un troisième groupe, on rangerait les oppositions qui peuvent être faites par les pères, mères, aïeuls ou aïeules et même par des collatéraux jusqu'au degré de cousins-germain, ou par le tuteur assisté du conseil de famille, au mariage de l'enfant âgé même de plus de 25 ans (art. 173, 174, 175).

Nous ferons remarquer cependant que, si l'on peut ranger dans une même catégorie ces oppositions des divers membres de la famille, celles que font les pères, mères ou ascendants, ne sont pas soumises aux restrictions imposées à celles des collatéraux et du tuteur. Ces derniers, en effet, ne peuvent les former valablement que dans deux cas, 1^o lorsque le conseil de famille n'a pas été consulté, et 2^o quand le futur époux est en démence, auquel cas ils doivent, en même temps, demander son interdiction (art. 160).

Le tuteur doit, de plus, être autorisé par le conseil de famille (art. 175).

Enfin, en dernier lieu, nous mentionnerons, mais seulement pour mémoire, le droit de conseil des pères, mères ou ascendants, droit que nous avons rattaché aux dispositions de l'article 371 et qui existe vis-à-vis de tous les enfants, quel que soit, du reste, l'âge qu'ils aient atteint.

Nous avons vu déjà que ceux qui accordent des droits de puissance paternelle aux ascendants fondent leur argumentation sur l'assimilation complète, établie entre les ascendants et les père et mère en cette matière. Mais nous répéterons ce que nous avons dit déjà : Reconnaîtra-t-on aussi au conseil de famille des droits de puissance, parce qu'il peut également s'opposer formellement au mariage des enfants, fils ou filles, mineurs de 21 ans ?

Quoi qu'il en soit, lorsqu'il s'agit de mariage, les droits des père et mère sont absolus. Il n'y a pas de limites posées ; qu'ils soient tuteurs ou non en cas de prédécès de l'un des deux, remariés ou non remariés, qu'on leur ait enlevé ou non la garde de leurs enfants, ils sont maîtres de donner ou de refuser leur consentement. Il pourra se produire des abus, mais le législateur a pensé qu'il y en aurait de plus grands encore à donner à l'enfant la faculté d'en appeler devant les tribunaux de la décision de ses parents.

Du reste, cette résistance, même déraisonnable des père et mère, n'aura jamais de bien graves conséquences, puisqu'elle ne pourra, dans tous les cas, mettre qu'un obstacle temporaire au mariage. L'enfant sait souvent trop bien, qu'au bout d'un très

petit nombre d'années, il pourra braver les défenses de ses parents.

107. — *Droits de la mère relativement au mariage des enfants.* — Bien que ce droit appartienne en principe à la mère aussi bien qu'au père, il y a entre les deux des différences graves. Sans doute le consentement maternel suffira si le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (art. 149), mais si les deux époux sont vivants et que des dissentiments s'élèvent entre eux, la volonté du père doit toujours l'emporter.

Des jurisconsultes ont critiqué cette décision, et nous nous rangeons à leur avis.

Nous reconnaissons que les droits du père sont supérieurs à ceux de la mère au foyer domestique. Mais on pourrait, en cette matière, sauvegarder la puissance maritale en donnant à la volonté de la mère de famille un moyen de se manifester autrement que par une stérile contradiction.

La tendresse maternelle la rend clairvoyante et souvent il arrivera qu'elle soupçonnera un danger dans une union que son mari, séduit ou trompé par le côté extérieur, approuvera pleinement.

L'expérience a prouvé que souvent ces pressentiments de la mère de famille n'étaient pas chimériques. Pourquoi, tout en maintenant comme solution définitive la disposition de l'article 148 *in fine*, n'obligerait-on pas l'enfant à demander par un ou plusieurs actes respectueux, répétés à des intervalles déterminés, le consentement que sa mère refuse de lui donner? Ce pourrait être, dans bien des cas, un moyen d'amener l'enfant, et le père lui-même, à faire de sages réflexions.

108. — *Des actes respectueux.* — L'institution des actes respectueux, qui remonte à notre Ancien Droit, semble être une négation du respect dû aux parents. Un auteur se demandait si l'on ne pourrait les faire disparaître de la législation avec leur caractère blessant. Il proposait de réunir un conseil de famille dans la maison paternelle, et d'obliger le fils à comparaître devant lui en personne. Le père aurait exposé ses raisons, et le Conseil aurait déterminé les délais après lesquels il serait permis au fils de passer outre (1).

(1) M. P. Bernard, *op. cit.* p. 399.

On pourrait peut-être craindre que des explications injurieuses n'eussent lieu entre le père et le fils. Mais la seule crainte de se trouver en face de son père irrité aurait pu parfois retenir l'enfant. Ajoutons, du reste que, grâce à Dieu, les enfants qui font des sommations à leurs parents ne forment que la très rare exception.

109. — *Droit de consentir à l'adoption, aux vœux religieux, etc.* - L'enfant qui veut se donner en adoption, doit également demander et obtenir le consentement de ses père et mère, mais si ce consentement est nécessaire comme au cas de mariage, cependant il y a entre les deux situations des différences que nous devons signaler :

1° Le droit de consentir au mariage passe aux ascendants à défaut des père et mère. Il n'en est pas de même du droit de consentir à l'adoption ;

2° A 21 ans, une fille peut se marier sans le consentement de ses parents, et après la seule formalité des actes respectueux ; quand il s'agit d'adoption, elle ne peut, pas plus que le fils, se passer du consentement de ses parents avant d'avoir atteint 25 ans ;

3° Le consentement du père suffit pour le mariage quand il y a dissentiment entre le père et la mère, il faut celui des deux pour l'adoption (art. 346) ;

4° Pour passer outre à la célébration du mariage, il doit avoir été fait trois actes respectueux par les filles âgées de moins de 25 ans, et par les fils âgés de moins de 30. Un seul suffit en cas d'adoption pour les enfants.

On voit que, sauf pour cette dernière formalité, les pouvoirs des père et mère sont plus étendus et leurs droits plus stricts pour ce qui concerne l'adoption, que s'il s'agit de mariage. Et cela est juste, car l'enfant qui est adopté, bien que ne quittant pas d'une manière complète sa famille, entre cependant dans une famille étrangère dont il prend le nom ; cet acte est assez grave pour qu'il soit naturel que les parents puissent s'y opposer d'une manière plus efficace.

Sans vouloir entrer dans l'examen d'une question qui nous en-

trainerait hors de notre sujet, nous citerons pour mémoire deux décrets, l'un du 18 février 1809, l'autre du 28 février 1810, qui ont appliqué les règles des articles 148, 149 et 150, à l'entrée en religion des enfants soumis à la puissance paternelle.

Le premier s'applique aux filles qui ne peuvent prononcer de vœux religieux avant d'être âgées de 21 ans, si elles ne présentent le consentement de leurs père et mère, ou si elles n'ont demandé leur avis.

Le second dit que le fils âgé de moins de 25 ans, « ne peut » être admis dans les ordres sacrés, qu'après avoir justifié du « consentement de ses parents, ainsi que cela est prescrit » par les lois civiles pour le mariage des fils âgés de moins de « 25 ans (1). »

L'assimilation est complète entre les deux cas cités.

On pourrait discuter la légitimité de l'intervention de la loi dans des questions de cette nature, mais outre qu'une telle discussion demanderait de trop longs développements, elle serait inutile, car dans la pratique, ces règles ne sont jamais appliquées. Et du reste, si dans les siècles passés il y eut parfois des abus de la part des parents, depuis longtemps ces abus sont tellement rares qu'on peut dire qu'ils n'existent plus.

Il est certain que les père et mère possèdent encore d'autres droits, dont nous n'avons pas à nous occuper, parce qu'ils touchent plus aux biens qu'à la personne des enfants ; tel serait par exemple le pouvoir que leur confère l'article 935, d'accepter ou de répudier une donation faite à leurs enfants mineurs.

Toutefois, nous mentionnerons, en terminant :

1° Le droit d'émancipation, dont nous nous occuperons au chapitre des modes extinctifs de la puissance paternelle ;

2° Le droit que possède le survivant des père et mère de prendre, à l'exclusion de toute autre personne, la tutelle de ses enfants (2) ;

3° Le droit pour le dernier mourant de désigner qui bon lui semble pour exercer la tutelle à sa place après sa mort (3).

(1) Décret du 28 fév. 1810, art. 4.

(2) Art. 390.

(3) Art. 397.

Ces deux dernières questions se rattachent plutôt aux tutelles qu'à la puissance paternelle proprement dite, nous ne ferons donc que les indiquer.

Il nous reste maintenant à passer en revue les différents événements qui mettent fin à la puissance paternelle ou en restreignent l'exercice, en faisant tomber des mains du père telle ou telle des prérogatives que la loi y a attachées.

CHAPITRE IV

DES MODES D'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Quels sont les événements qui, dans notre Droit, mettent fin à la puissance paternelle? Nous ne trouvons pas, dans la loi, une énumération complète de ces modes d'extinction, mais, au point de vue auquel nous nous plaçons, on peut citer :

1° L'arrivée de l'enfant à sa majorité.

2° L'émancipation ;

3° La mort des père et mère ;

4° La déchéance prononcée par l'article 335 du Code pénal, contre les parents qui auront été condamnés pour avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la prostitution ou la corruption de leur enfant ;

5° Enfin, mais ceci avec des restrictions, les autres déchéances qui résultent, soit de la condamnation des père et mère, soit de l'interdiction légale ou judiciaire, soit de la séparation de corps, etc. Mais, dans ces différents cas, il y a des distinctions à faire. Les père et mère pourront être privés de tel ou tel droit dont ils auront abusé ; ils ne le seront pas nécessairement de tous.

Section 1^{re}. — De la majorité.

110. — *Calcul de la majorité.* — Nous n'avons pas à parler longuement de la majorité. Elle a été fixée d'une manière uni-

forme pour les enfants des deux sexes à l'âge de 21 ans accomplis.

En 1851, M. Benoit Champy avait déposé une proposition en vertu de laquelle le père aurait eu le droit de prolonger la minorité de ses enfants jusqu'à 25 ans. Le père ou le dernier survivant des père et mère aurait simplement exprimé sa volonté devant le juge de paix. Pour l'enfant orphelin, cette déclaration aurait été remplacée par une délibération du conseil de famille homologuée par le Tribunal siégeant en chambre du conseil sans procédure ni frais. Ce projet fut rejeté. Il eût été inefficace, car, dans l'esprit de son auteur, il ne s'agissait que d'une incapacité civile, qui eût ressemblé beaucoup à celle du majeur auquel on a donné un conseil judiciaire (1).

Un seul point demeure incertain. A quel moment l'enfant est-il considéré comme ayant 21 ans accomplis? Ou, en d'autres termes, comment se fait le calcul de la majorité? est-ce de jour à jour ou d'heure à heure?

Les partisans du premier système basent leur décision sur un argument d'analogie tiré de l'article 2262. Cet article adopte le calcul de jour à jour en matière de prescription. Or, disent-ils, la minorité est une cause de suspension de la prescription; il est donc naturel de supposer que le même mode doit être employé dans les deux cas, puisque le contraire obligerait dans cette circonstance à des calculs beaucoup plus compliqués (2).

La ressemblance entre les deux cas n'est pas assez complète pour motiver cette décision, répondent les partisans du calcul d'heure à heure. Si l'on veut employer des arguments d'analogie, il faut aller les chercher dans les articles du Code qui traitent des questions d'incapacité. Or, la femme mariée devient incapable *dès l'instant même* de son mariage, et recouvre le plein exercice de ses droits également *dès l'instant même* de la mort de son mari.

Du reste, pourquoi le Code aurait-il exigé, en même temps que la mention du jour, la mention de l'heure de la naissance sur les registres de l'état-civil, s'il n'avait entendu attacher aucun effet à ce moment précis (3).

(1) *Revue de légis.*, p. 240.

(2) Zachariæ, t. I, p. 112.

(3) Valette, sur Proudhon, t. II, p. 446. — Demol., t. II, n° 407.

Le second système nous paraît le plus juridique. On décide alors que l'enfant né le 1^{er} janvier 1880, à midi, sera majeur le 1^{er} janvier 1901, à midi également.

L'arrivée de l'enfant à sa majorité le rend-elle absolument libre de tous liens de puissance ? On ne peut le dire d'une manière absolue, puisque la loi fait subsister même après cet âge, le droit pour les parents au respect de leurs enfants et le droit de consentir à leur mariage ou à leur adoption. Mais le premier de ces droits n'a aucune sanction dans la loi, nous l'avons vu, et le second est en réalité illusoire, puis qu'il ne peut entraver que pendant peu de temps la résolution de l'enfant.

On peut donc dire, qu'en réalité, l'enfant devenu majeur est pleinement maître de lui-même.

Section 2^{me}. — De l'émancipation.

111. *Formes de l'émancipation.* — L'autorité du père disparaît également par l'émancipation ; ou plutôt le père y met fin lui-même par la libre expression de sa volonté. Et cela est vrai, même quand l'émancipation se produit par le mariage de l'enfant, car bien qu'en apparence elle ait lieu de plein droit, le père y a consenti néanmoins puisque le mariage ne peut se faire sans son autorisation.

Hors ce cas de mariage, l'enfant ne peut être émancipé avant 15 ans. A cet âge, l'émancipation peut être faite par le père ou à son défaut par la mère (1). « Elle s'opérera, dit la suite de cet » article, par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue » par le juge de paix, assisté de son greffier. »

Le chapitre du Code qui traite de l'émancipation en règle surtout les effets au point de vue des biens (2). Mais l'art. 372 nous dit formellement qu'elle met fin aussi à l'autorité des père et mère.

L'émancipation, qui ne peut s'opérer que par le consentement

(1) Art. 477.

(2) L. I, t. X, chap. III.

du père, pendant qu'il est vivant, peut être révoquée également par le père. Mais ce pouvoir de révocation est tellement restreint qu'il ne peut être une arme entre ses mains pour faire rentrer dans le devoir un enfant irrespectueux. Il n'y a qu'un cas prévu par la loi, c'est celui où le mineur aura dissipé sa fortune.

Il semble que la loi aurait dû étendre les cas dans lesquels le père aurait le pouvoir de faire rentrer son fils sous sa puissance. Car en resserrant d'une manière aussi étroite le droit de révocation de l'émancipation, on rend ce droit presque illusoire. Sans doute l'état de l'enfant ne peut pas être soumis à des fluctuations incessantes, et c'est au père à examiner à l'avance le degré de confiance qu'il peut accorder à son enfant, mais il peut être trompé, et c'est se montrer bien dur envers lui que de ne lui laisser pour ainsi dire aucun moyen de revenir sur sa décision.

Le mineur émancipé a un curateur, pourquoi le père n'est-il pas de plein droit appelé à ces fonctions? Le mari est curateur de sa femme émancipée, tandis que le père ne tiendra ses pouvoirs que du conseil de famille, et seulement au cas où celui-ci voudra les lui confier. On pourrait répondre, nous le savons, que le père a fait l'abandon de tous ses droits en émancipant son enfant et qu'il y a présomption qu'il ne veut en conserver aucun. Mais ceci ne nous semble pas concluant; car le père a pu avoir des motifs de donner une liberté plus grande à son enfant, sans pour cela avoir la pensée de se désintéresser complètement de la surveillance de sa conduite.

Nous verrons plus loin que, dans certains cas, les tribunaux pourront prononcer eux-mêmes l'émancipation.

Section 3^{me}. — Mort des père et mère.

112. — *Modifications apportées par la mort du père ou de la mère dans l'exercice de la puissance paternelle.* — Si maintenant nous passons à l'examen de cette extinction des droits de puissance, qui se produit par la mort des père et mère, nous voyons qu'il faut tout d'abord faire une distinction.

Si l'un des deux meurt seul, les droits dont nous nous occupons

subsistent ; et si quelques modifications se produisent, elles ne portent que sur le mode d'exercice de ces droits.

Si tous les deux meurent, l'enfant tombe en tutelle et cette tutelle comprend alors plusieurs des attributs de la puissance paternelle, surtout quand elle est exercée par les ascendants.

Nous examinerons chacun de ces cas en particulier.

Si la mère vient à disparaître la première, il n'y a rien de changé en apparence, puisque la jouissance et l'exercice des droits de puissance continuent à résider dans les mêmes mains.

Cependant la situation est modifiée. Deux pouvoirs existent simultanément : la puissance paternelle qui continue et la tutelle qui prend naissance. L'une n'absorbe pas l'autre et cela est si vrai qu'elles peuvent ne pas appartenir à une même personne.

Le père peut être déclaré déchu de la tutelle (art. 443, 444), il peut s'en faire relever s'il est dans un des cas d'excuse légale (art. 427, 428, 433, 434), mais il conserve néanmoins ses droits de puissance. N'y aura-t-il pas conflit entre ces deux autorités, en ce qui concerne, par exemple, le droit de garde accordé par la loi au frère et au tuteur ? Le mineur, en effet, a son domicile chez son tuteur (art. 108), et, d'un autre côté, le père a le droit de garder son fils dans sa maison, de l'y faire même rentrer par la force s'il vient à s'en échapper (art. 374). Lequel de ces deux droits devra-t-on faire céder à l'autre ? On admet généralement que l'enfant aura son domicile légal chez son tuteur, mais qu'il continuera à résider chez son père. On concilie ainsi toutes choses.

Mais nous l'avons vu, cette solution n'est pas vraie dans tous les cas. Le père, dans certaines circonstances, pourra se voir enlever son enfant qui sera confié au tuteur, et nous avons cité un arrêt de Caen, du 27 juillet 1875, qui établit qu'un tribunal, en décidant qu'un enfant serait enlevé au père pour être confié à un tuteur, aurait le droit de fixer l'âge jusqu'auquel l'enfant resterait sous la garde du tuteur, et de régler les communications que le père pourrait avoir avec ses enfants.

Il est certain que le père peut n'être en possession que de la puissance paternelle, la tutelle étant confiée à une autre personne. Mais si les deux pouvoirs sont réunis dans sa main, y a-t-il intérêt à les distinguer, puisque la puissance paternelle comporte déjà tous les droits que confère la tutelle ; puisque les deux ont

un but analogue, la protection et l'éducation de l'enfant, et que la seconde venant à s'ouvrir ne fait pas disparaître la première ?

113. — *Des différences qui existent entre la puissance paternelle et la tutelle.* — Il y a certainement intérêt à ne pas les confondre, car la tutelle est entourée de mesures de surveillance dont la puissance paternelle est affranchie pendant le mariage, d'abord à cause de la situation même des personnes en qui elle réside, et ensuite du contrôle qu'exercent les époux l'un sur l'autre.

Dans la tutelle, le subrogé-tuteur, le conseil de famille sont chargés de veiller à ce qu'il ne se fasse rien qui puisse porter préjudice à l'enfant. Celui-ci a des intérêts distincts de ceux de son père ; il possédera souvent des biens qui lui seront échus par la succession de sa mère ; le père sera, sinon comme père, du moins comme tuteur, soumis à un contrôle, quant à l'administration de ces biens.

Mais notons que pour ce qui concerne l'administration de la personne de l'enfant, il agira toujours comme père et non comme tuteur, et il demeurera, avant comme après le mariage, maître de ses droits.

Là surtout est la différence radicale qui sépare le père tuteur du tuteur étranger.

Nous pouvons signaler en passant ces différences, sans les approfondir.

1° Pour l'éducation de l'enfant, nous avons vu que le père fixe seul le lieu où elle doit être faite, la dépense qui doit y être consacrée chaque année. Le tuteur est obligé de prendre l'avis du conseil de famille qui décide en dernier ressort (art. 454).

2° Le père qui veut faire détenir son fils agit seul en se conformant aux règles posées par la loi ; le tuteur doit prendre auparavant l'avis et demander l'autorisation du conseil de famille. (Art. 468).

3° Le père peut émanciper son fils dès que celui-ci a 15 ans ; le tuteur n'a aucun pouvoir en cette matière, le conseil de famille est seul compétent pour prendre une décision de ce genre (Art. 478).

4° Le père peut s'opposer au mariage de ses enfants qui n'ont

pas atteint un âge déterminé ; le tuteur n'a même pas ici un droit de conseil, c'est le conseil de famille qui est seul consulté.

On voit que ces différences sont notables, et qu'il pourrait être utile de distinguer si le père agit comme père ou comme tuteur ; mais encore une fois la puissance paternelle sur la personne des enfants, passe toujours avant la tutelle.

114. *Restrictions mises à l'exercice des droits de la mère après son veuvage.* — Supposons maintenant le mariage dissous par la mort du père. Les changements dans le gouvernement de la famille seront plus considérables, puisque le chef naturel disparaissant, il faut pourvoir à son remplacement.

A la mort du père, la tutelle appartient à la mère (art. 390). On ne peut sans motifs graves la lui retirer, le père a seulement le pouvoir de désigner dans son testament un conseil sans l'assistance duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. (Art. 391).

Mais remarquons-le bien, cet article 391 ne parle que de la tutelle, ses droits de puissance demeurent donc intacts entre les mains de la mère ; seule elle a la garde des enfants, seule elle veille à leur éducation et la dirige. *Aliud est tutela, aliud est educatio* (1).

Une mère pourra n'être pas capable de gérer la tutelle de ses enfants, et n'en rester pas moins la meilleure directrice de leur éducation. « *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quàm » matri eorum committenda est* (2) ».

Si cependant il se glissait dans l'administration de la mère (et ici par administration nous entendons la conduite, la direction, l'éducation des enfants) ; si, disons-nous, il se glissait des abus, le subrogé-tuteur aurait le droit de les signaler afin d'y faire porter remède (3).

Notons toutefois la restriction que l'article 381 apporte au droit de correction quand il est exercé par la mère.

Si le survivant des père et mère se remarie, les droits de puissance sont-ils restreints ?

La loi n'établit de règles spéciales que pour l'exercice des droits

(1) Recueil d'Albert, Vo. *Education*, ch. 11.

(2) Code, Just., 5, 49, 1.

(3) Paris, 9 mars 1854. — Dalloz, 1855, 2, 247.

de correction et de tutelle, nous devons en conclure que les autres demeurent intacts.

La mère survivante hérite donc des droits du père ou plutôt la puissance maritale n'existant plus pour paralyser ceux qu'elle possédait déjà, elle en reprend l'exercice ; exercice dont on ne peut la priver que pour de graves motifs.

Mais supposons le père déchu de sa puissance par suite d'une condamnation ; supposons qu'il soit absent, interdit pour cause de folie, la mère prend-elle également sa place ?

Nous avons examiné plus haut cette question, et du reste, il n'y a pas, à proprement parler ici, extinction de la puissance paternelle. C'est plutôt la perte de l'exercice de cette puissance que nous constatons chez le père de famille.

Nous venons de parler de l'interdiction du père. Le tuteur qui lui est donné, d'après la loi, a-t-il un droit quelconque sur les enfants ? Assurément non, ce tuteur ne s'occupe que des biens (1). La mère pourra être nommée tutrice de son mari, mais ce ne sera pas en cette qualité qu'elle s'occupera de ses enfants. Le conseil de famille qui l'assiste alors fixera seulement la somme qu'elle devra employer à son usage et à celui de ses enfants ; somme qu'elle pourra, du reste, faire augmenter par le tribunal, si elle la trouve insuffisante (art. 507).

La majorité, la mort, la démence, l'absence, peuvent donc tantôt détruire complètement la puissance paternelle, tantôt la faire passer des mains du père dans celles de la mère, ou réciproquement. Mais c'est là une extinction naturelle ou accidentelle, il en est une autre qui revêt un autre caractère, celui de déchéance.

Section 4^{me}. — Des déchéances.

115. — *De la déchéance prononcée contre les parents qui excitent leurs enfants à la débauche.* — Après avoir, dans l'article 334 du Code pénal, prononcé des peines contre ceux qui auront « excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou » la corruption de la jeunesse, de l'un ou de l'autre sexe, au des-

(1) Art. 505, Code civil et 29 Code pénal.

» sous de l'âge de 21 ans », et avoir élevé ces peines dans le cas où les coupables seraient les « pères ou les mères... des mineurs », la loi déclare ces pères et mères coupables débus de « tous les droits » et avantages à eux accordés sur la personne ou les biens de » l'enfant au livre I, titre IX du Code civil. ».

Nous trouvons dans le Code pénal belge (art. 379 et 382), une application du même principe. Le minimum des peines est augmenté quand les coupables sont des ascendants de la personne prostituée ou corrompue.

Les châtiments doivent être plus sévères, puisque le crime emprunte à la situation de la personne coupable une exceptionnelle gravité.

La déchéance ici est certaine, puisque la loi l'a expressément prononcée; elle est certaine, par rapport à l'enfant victime du délit. On peut regretter seulement que la loi n'ait puni ici que le délit d'habitude. Il devrait suffire que le père ait oublié une fois, à ce point, ses devoirs pour le déclarer indigne. Mais si les père et mère coupables ont d'autres enfants, perdront-ils également leurs droits sur eux ? On pourrait dire avec MM. Duranton (III, 381) et Taulier (II, 492), que le père capable de commettre un tel crime, a atteint un degré de perversité qui ne permet pas d'espérer qu'il respecte ses autres enfants, plus que ceux qu'il a déjà deshonorés. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une pénalité, et le principe en matière pénale est de ne jamais étendre les textes au-delà de leurs termes précis. Il est donc plus juridique de croire comme MM. Demolombe (VI, n° 361 et Zachariae, 3, 703), que le père se verra retirer ses droits seulement sur la personne de l'enfant victime du délit. Ce sont, du reste, les termes de l'article 335. La juste défiance que doit inspirer le père coupable n'est pas suffisante pour faire briser tous les liens qui l'unissent à ses enfants.

Cet article 335 déclare le père déchu de tous les droits énumérés dans le titre IX du livre I^{er} du Code civil.

Or, nous savons qu'il n'est question dans ce titre que des droits de garde, de correction et de jouissance légale des biens des enfants. Le droit de consentir au mariage de l'enfant ou à son adoption, celui de l'émanciper, doivent-ils aussi être retirés au père, bien qu'ils ne soient pas indiqués dans le titre auquel renvoie l'article 335 ? On admet en général que le père ne doit

conserver aucun des attributs de la puissance ; la déchéance est absolue (1). Si l'article 335 se réfère au titre IX, c'est que voulant statuer sur le *plerumque fil*, il a indiqué le titre qui s'occupe spécialement et uniquement de la puissance paternelle. Cependant on pourrait appliquer encore ici la règle que nous posions tout-à-l'heure, qu'en matière de déchéance il faut être prudent et ne pas étendre les termes de la loi. Au reste, cela ne s'appliquera qu'aux autorisations nécessaires pour le mariage ou l'adoption de l'enfant ; l'émancipation sera inutile puisque le fils sera déjà soustrait à la garde de son père, qui aura perdu également le droit d'administrer ses biens.

116. *Des autres cas dans lesquels le père pourra être déclaré déchu de ses droits.* — Cet article du Code pénal est le seul qui prononce d'une manière catégorique une déchéance contre le père coupable. En devons-nous conclure qu'il ne pourra lui être enlevé que dans ce cas seulement ?

Nous avons vu en parlant du droit de garde que les tribunaux auront à apprécier si l'intérêt de l'enfant ne doit pas être considéré comme la règle principale en cette matière. Mais une décision de ce genre ne s'appuie sur aucun texte.

On pourrait peut-être tirer un argument d'analogie de l'art. 444 qui prive du droit de tutelle les gens « d'une inconduite notoire. » Mais la tutelle et la puissance paternelle sont deux choses tellement distinctes, qu'un argument de cette nature est peu concluant.

C'est le conseil de famille qui exclut le tuteur indigne ; la déchéance du père ne pourrait être prononcée que par les tribunaux. Un père peut abuser de l'un de ses droits et n'être pas pour cela indigne de conserver les autres.

Le Code, du reste, est absolument muet, et la raison que l'on donne pour expliquer son silence n'est pas concluante. On a dit, en effet, que si la loi n'a pas tracé de règles, c'est que la diversité des cas à signaler rendait la chose impossible. Mais sans entrer dans le détail de toutes les circonstances, le Code aurait pu, si telle avait été son intention, poser des règles générales dont les juges auraient alors surveillé l'application. Cela aurait peut-être

(1) Demol., t. VI, n° 362. — Valette, sur Proudhon, t. II, p. 351.

mieux valu que de tout laisser à l'appréciation arbitraire des tribunaux.

Tout est lacune dans cette partie de la loi. Aussi, la doctrine hésite. La jurisprudence est moins incertaine et elle tend de plus en plus à donner latitude presque complète aux tribunaux.

« Si le droit des père et mère « à la garde et à l'éducation de » leurs enfants, » dit la Cour de Cassation, « est en général un » attribut de la puissance paternelle, l'intérêt des enfants est le » principal motif qui doit régler le plein exercice ou la restriction de ce droit... (1).

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 janvier 1879, a décidé en ce sens qu'une mère qui avait été destituée de la tutelle de son fils pour inconduite notoire, avait pu être également, à juste titre, privée de la garde et de la direction de ce fils.

Et l'arrêt maintint au tuteur le droit de garder le mineur et au conseil de famille le pouvoir de trancher les difficultés qui pourraient s'élever entre le tuteur et la mère. On justifie cette décision en disant : s'il importe que les tribunaux prononcent la déchéance de l'article 444 pour sauvegarder la fortune du mineur, à plus forte raison doit-on leur donner le pouvoir de sauvegarder leurs personnes et leurs mœurs (2).

On pourrait répondre que les deux cas ne sont pas identiques.

Nous ne reviendrons pas sur ces questions que nous avons traitées à propos du droit de garde. En dehors du cas de l'article 335, les tribunaux enlèvent souvent au père tel ou tel de ses droits dépendant de sa puissance paternelle et dont il a abusé. Mais ce ne sont plus là, à proprement parler, des déchéances, c'est un contrôle exercé sur les actes du père.

Ce droit de contrôle n'est pas douteux dans l'état actuel de la jurisprudence.

Certaines condamnations criminelles ou même correctionnelles entraînent l'interdiction légale. Cette interdiction ne fait point disparaître la puissance paternelle. Mais dans la pratique, les tribunaux confient, dans ce cas, les enfants à l'autre époux, ou même si le condamné est veuf, à un tuteur. Le conseil de famille peut alors prononcer la destitution de tutelle et de cette manière

(1) 15 mars 1864. Dalloz, 1864, 1, 301.

(2) Dalloz, 1879, 1, 223.

on fait disparaître en fait les droits principaux de la puissance paternelle. Nous disons en fait, parce que ce n'est pas en qualité d'interdit légalement que le père est déchu de ses droits. Cette interdiction ne le prive que du droit d'administrer ses biens; mais comme sa condamnation le met dans l'impossibilité d'exercer ses attributions paternelles, elles passent à la mère.

Si maintenant nous supposons qu'il a obtenu le bénéfice de la réhabilitation, aux termes de l'article 619 du Code d'instruction criminelle, il reprend tous ses droits (art. 633 du même Code). Mais en dehors de ces cas, la déchéance subsiste même après la peine subie.

117. — *Des modifications apportées aux droits des père et mère pendant l'instance en séparation de corps.* — Il existait dans le Code, avant la loi du 8 mai 1816, une disposition légale qui, en brisant le mariage, au point de laisser les époux libres de contracter une nouvelle union, jetait en même temps un trouble profond dans l'exercice de la puissance paternelle, sans cependant la faire disparaître. C'était le divorce.

La loi avait réglé quels étaient dans ce cas, et la situation des enfants et les droits des père et mère.

Pendant l'instance, les enfants demeuraient sous la direction du père; c'était la règle. Mais l'article 277 ajoutait aussitôt qu'on pourrait y déroger toutes les fois que l'intérêt de l'enfant l'exigerait. La mère, les parents, le ministère public avaient le droit d'avertir les tribunaux et de faire décider que les enfants seraient confiés soit à la mère, soit même à une personne étrangère.

Après le divorce, les enfants devaient, en principe, être donnés à celui des deux époux qui l'avait obtenu. Mais les tribunaux pouvaient déroger à cette règle et, en fait, ils y dérogeaient souvent dans la pratique.

L'article 303 laissait aux parents un droit de surveillance sur l'éducation et l'entretien des enfants que les tribunaux avaient confiés à un tuteur.

Si le divorce avait lieu par consentement mutuel, les époux devaient régler par écrit à qui seraient donnés les enfants, soit pendant les épreuves, soit après le divorce prononcé.

Ces règles sont-elles admises en cas de séparation de corps; les

premières du moins, la séparation ne pouvant jamais avoir lieu par consentement mutuel ?

On ne peut répondre catégoriquement, parce que s'il existe des points de contact entre le divorce et la séparation de corps, des différences radicales les distinguent.

La séparation de corps, notamment, ne dissout pas le mariage. Les époux continuent à être unis par le lien que la loi rend moins étroit sans le rompre. Mais l'habitation n'est plus commune. A qui iront les enfants ?

Il est évident qu'il peut y avoir une déchéance, mais cette déchéance n'est pas la conséquence directe de la séparation de corps ; les motifs seuls qui portent les juges à admettre une demande en séparation, peuvent les conduire à enlever les enfants à leur père.

Nous disons : « à leur père, » car, il ne faut pas l'oublier, nous sommes toujours ici dans les termes de l'article 373. Le mariage existe après la séparation comme avant, et les enfants, en règle générale, doivent rester près de leur père. Nous verrons du reste tout à l'heure que, si l'on peut poser la règle, les exceptions seront bien fréquentes.

La question que nous posions tout à l'heure et que nous n'avons pas résolue, doit être envisagée suivant qu'on se trouve au cours de l'instance ou après la séparation prononcée.

La demande en séparation est formée ; qui gardera les enfants ? Si la femme n'a pas été autorisée à se retirer dans un domicile séparé, il n'y a pas de difficulté, les enfants demeurent au domicile commun, à moins toutefois que la demande en séparation, étant fondée sur l'inconduite de l'un ou de l'autre des deux parents, les tribunaux ne décident que l'enfant sera confié à un tiers. Mais ceci rentre dans le pouvoir ordinaire que nous avons reconnu devoir appartenir aux juges.

Si maintenant nous supposons le cas où le président aura autorisé la mère à aller dans un domicile séparé, en règle générale le père doit garder l'enfant (art. 267). Mais, sur la demande de la mère ou des parents, le tribunal ou le président lui-même jugeant en référé en cas d'urgence (art. 806 Code procéd.), peut pourvoir d'une autre manière à la garde des enfants. (1).

(1) Grenoble, 2 mai 1864.

On a même admis que les tribunaux avaient le droit, pendant l'instance, de confier les enfants, tantôt à l'un, tantôt à l'autre des deux époux. Ceci nous semble arbitraire, car, de deux choses l'une : ou le père auquel appartient toujours la puissance entière, est indigne de l'exercer, ou il n'a pas démérité. Dans le premier cas, on doit lui retirer tout-à-fait ses enfants afin de les soustraire à ses mauvais exemples ; dans le second, il faut les lui laisser entièrement.

Mais nous devons dire qu'en jurisprudence, il est reconnu que les tribunaux ont, dans ces circonstances, les pouvoirs les plus larges et qu'ils doivent avoir en vue uniquement l'intérêt de l'enfant (1).

118. — *De l'exercice de la puissance paternelle après la séparation de corps prononcée.* — Si maintenant nous passons à l'examen du cas où la séparation a été prononcée, nous nous demanderons tout d'abord si l'article 302 du divorce doit être appliqué toujours à la séparation de corps.

Cet article décide que les enfants seront confiés à celui des deux époux en faveur duquel le divorce aura été prononcé. On a dit que ses termes étaient absolus et ne devaient souffrir d'autres exceptions que celles que prévoit l'article lui-même, c'est-à-dire, que le pouvoir d'appréciation des tribunaux ne commencera qu'autant qu'ils auront été saisis, soit par une demande des parents, soit par le ministère public.

C'est la doctrine que soutiennent MM. Aubry et Rau (2), avec cette différence, toutefois, qu'ils n'admettent l'intervention des tribunaux qu'autant que la séparation de corps a été prononcée contre le père. Ils restreignent donc un peu l'article 302.

MM. Demante (3) et Marcadé (4) soutiennent la doctrine que nous exposons tout-à-l'heure et donnent la garde au père dans tous les cas, puisque, le mariage subsistant, l'article 373 conserve sa pleine application. Ils repoussent l'analogie que l'on veut établir

(1) Paris, 7 juillet 1882. — Sirey, 1883. 2. 219. — Sirey, 1879. 1. 464.

(2) III, p. 372.

(3) I, n° 287.

(4) Art. 311, n° 3.

entre le divorce et la séparation et n'admettent pas qu'on applique l'article 302 dans ce dernier cas.

Nous devons ajouter du reste, que tout en repoussant les termes de l'article 302 dans sa première partie, ils sont d'accord avec les partisans du premier système sur ce point que les tribunaux demeurent toujours maîtres de régler toutes choses suivant l'intérêt des enfants. Ils ne se conforment donc pleinement ni à la doctrine de l'article 302, ni à celle de l'article 373.

Il résulte de cet examen que si les auteurs sont divisés quant à la doctrine, ils aboutissent néanmoins à un même résultat pratique.

En jurisprudence il n'y a pas d'hésitations. Les tribunaux s'accordent tous à remettre en général l'enfant à celle des deux parties qui a obtenu la séparation, mais tous usent également dans une large mesure, du droit de décider si l'intérêt de l'enfant n'exige pas qu'on déroge à cette règle.

Cette déchéance que prononcent les tribunaux contre l'un ou l'autre et parfois contre les deux époux séparés de corps, ne peut être que partielle et ne s'appliquera qu'au droit de garder les enfants et de surveiller leur éducation. Encore, n'est-il pas certain que l'époux déchu de son droit de garde, ne conservera pas néanmoins le droit de donner son avis sur le mode d'éducation à choisir pour son enfant, puisqu'il est tenu d'en supporter une partie des charges.

Mais il est reconnu que le père séparé de corps et auquel on a enlevé ses enfants, garde le droit de consentir à leur mariage, d'user des moyens de correction permis par la loi, de les émanciper ; il conservait ces droits même sous l'empire de la loi qui permettait le divorce, à plus forte raison doit-il les avoir en cas de séparation de corps. L'article 302 ne détruisait donc pas la puissance paternelle ; et c'est là un argument que font valoir les partisans du système qui essaie d'appliquer entièrement cet article à la séparation de corps, parce que, disent-ils, il n'y a pas contradiction entre cet article et l'article 373. La puissance paternelle continue à résider dans la main du père. Les tribunaux y posent seulement des restrictions plutôt qu'ils ne prononcent une déchéance.

Nous avons dit que les tribunaux, jugeant que le père et la mère sont indignes de garder leurs enfants, pouvaient les confier

à un tiers. Ce tiers sera-t-il obligé d'accepter la charge qu'on lui donne ainsi, et pourra-t-on invoquer contre lui l'article 432 qui impose à l'étranger l'obligation d'accepter la tutelle d'un mineur quand, dans un rayon déterminé, il n'existe pas de parents ou alliés en état de gérer la tutelle?

Aucun texte ne répond à cette question : nous croyons que la loi n'ayant rien dit sur ce point, il faut décider que le tiers, ainsi désigné, aura toujours le droit de refuser une charge de cette nature (1).

En résumé, dans toute séparation de corps, il y aura lieu de déterminer à qui seront confiés les enfants. La règle sera que l'époux qui aura obtenu la séparation, conservera le droit de les garder près de lui. Mais les tribunaux peuvent toujours examiner si l'intérêt des enfants n'exige pas que l'on s'écarte de cette règle.

En tout cas, le mariage subsistant après la séparation, l'article 373 n'est pas effacé, et la puissance paternelle continue de résider dans les mains du père, même déchu de son droit de garde.

119. — *De la déchéance qui résulte pour le père de la condamnation de son enfant.* — Il est une autre déchéance qui résulte indirectement de la condamnation infligée à l'enfant mineur de 16 ans, condamnation qui ne reçoit pas son exécution lorsque ce mineur est considéré comme ayant agi sans discernement.

L'article 66 du Code pénal est ainsi conçu : « Lorsque l'accusé » aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, » remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction » pour y être détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne pourra excéder l'époque » où il aura accompli sa vingtième année. »

On prive ici le père de son droit de garde, parce qu'il est considéré comme coupable d'un défaut de surveillance à l'égard de son enfant, et on le rend avec raison responsable d'une faute que

(1) Demol. T. VI, n° 396.

l'enfant n'eût probablement pas commise, s'il avait reçu une meilleure éducation.

On s'est demandé si le juge de simple police pouvait, comme le juge correctionnel, enlever l'enfant à ses parents et l'envoyer dans une maison de correction.

On a soutenu l'affirmative, en disant : la Cour de Cassation a admis l'acquittement du mineur de 16 ans pour défaut de discernement, quand il a commis une contravention. Il est impossible de scinder l'article 66 du Code pénal en deux parties pour adopter l'une et rejeter l'autre (1).

N'est-ce pas aller un peu loin comme argumentation ; car si la Cour permet l'acquittement, c'est dans l'intérêt du mineur. Or, est-ce de son intérêt de l'enlever à sa famille ? L'article 66 du Code pénal ne donne ce droit qu'aux tribunaux correctionnels et aux assises ; il ne parle pas du juge de simple police ; il semble plus juste de ne pas se prononcer d'une manière formelle, car nous savons que le droit pénal ne doit pas être facilement étendu.

Il serait plus rationnel de dire qu'on fera une enquête pour savoir si le délit de l'enfant provient de la non-surveillance des parents ou de leurs mauvais exemples ; et, dans ce cas alors, on pourrait ordonner la détention.

(1) *Journal du Minist. public*, 1882, art. 466.

CHAPITRE V

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LA PÈRSONNE DES ENFANTS NATURELS

120. — *Différences entre les droits des père et mère naturels et ceux des père et mère légitimes.* — Devons-nous appliquer aux père et mère naturels qui ont reconnu leurs enfants tout ce que nous venons de dire des père et mère légitimes?

La loi du 4 juin 1793 avait répondu affirmativement à cette question, et avait effacé toutes les distinctions établies de tout temps entre ces deux catégories d'enfants.

Le projet de rédaction du Code, entrant pleinement dans cette voie, disait que les articles du titre de la puissance paternelle seraient communs aux pères et mères des enfants naturels reconnus (1).

C'était le régime de la loi révolutionnaire avec toutes ses conséquences. Ce ne fut pas cette opinion qui triompha; on se contenta de donner aux parents naturels les seuls droits énumérés dans les articles 376, 377, 378 et 379, c'est-à-dire, les droits relatifs à la correction des enfants.

Devons-nous en conclure qu'ils n'auront aucun autre droit? Assurément non; mais les tribunaux auront un large pouvoir d'appréciation et de contrôle.

« Les juges chargés d'apprécier à qui du père ou de la mère » seront confiés la garde et l'éducation de l'enfant naturel, doi-

(1) Fenet., t. X, p. 521.

» vent concilier les droits de la puissance paternelle avec l'intérêt
» de l'enfant (1) ».

Telle est, croyons-nous, la doctrine à suivre. Il n'y a plus certainement ici les garanties que nous trouvons chez le père légitime ; la puissance maritale ne paralyse pas les droits de la mère ; il n'y a pas de raison de favoriser l'un des deux parents au détriment de l'autre ; les juges auront donc à se prononcer entre ces pouvoirs égaux (2).

Donc, en principe, la puissance paternelle appartient aux parents naturels comme conséquence de leur devoir de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Ce devoir est certain, car l'enfant naturel qui porte, dans la société, le poids de la faute de ses parents, ne doit pas être, à ce point de vue des choses nécessaires à la vie, privé de l'assistance que lui doivent ceux dont il a reçu l'existence. « Qui fait enfant le doit nourrir » disait le droit coutumier.

Le père naturel a donc des devoirs stricts ; il faut qu'il ait des droits correspondants.

Cette doctrine est résumée d'une manière complète dans un arrêt de la Cour de Paris du 19 mai 1882.

« Considérant, dit cet arrêt, que si la loi civile refuse au père » et à la mère la tutelle légale de l'enfant naturel qu'ils ont reconnu, elle leur confère cependant, outre les droits réciproques » de succession certains attributs de la puissance paternelle, tels » que le droit de correction (Code civ. 383), et le droit de consentir au mariage (art. 158) ; que les rapports de filiation et de » paternité qui les unissent, établissent par eux-mêmes et de » droit naturel à la charge des parents des devoirs de protection » et d'assistance, et à la charge de l'enfant des devoirs de soumission et de respect ; que l'accomplissement de ces devoirs naturels, suppose pour le père et la mère le droit d'entretenir » avec l'enfant qu'ils ont reconnu, les relations nécessaires que la » nature a créées, sauf les cas d'indignité que la justice est chargée d'apprécier (3) ».

Nous avons voulu citer ces considérants parce qu'ils nous sem-

(1) Lyon, 8 mars 1859. — Dalloz, 1859, 2, 141.

(2) *Contr.* Laurent. *Cod. civ.*, t. IV, n° 351.

(3) Sirey, 1882, 2, 164.

blent résumer d'une manière complète toute la théorie des droits des parents naturels; droits analogues à ceux des parents légitimes, mais non égaux, et qui demeurent toujours subordonnés au contrôle sévère des tribunaux, parce que les abus peuvent être ici bien plus fréquents.

121. *Droits des parents naturels.* — Si nous passons maintenant en revue les attributs divers de la puissance paternelle, nous voyons tout d'abord qu'en ce qui concerne les biens personnels de l'enfant, les droits des père et mère naturels sont absolument nuls.

Quant à l'éducation et à l'administration de la personne des enfants, nulle règle n'est posée, et à cause de cela même, le pouvoir des tribunaux est illimité. C'est ainsi que dans l'arrêt cité tout-à-l'heure (Lyon, 1859), les juges retirèrent la garde de l'enfant aux père et mère pour le confier à un étranger, et un autre arrêt de la Cour de Paris (10 avril 1872), tout en maintenant au père le droit de choisir la maison où l'enfant naturel serait élevé, décida que la mère aurait le droit de le voir toutes les fois qu'elle le voudrait, et qu'en raison de ce droit de la mère, la résidence de l'enfant ne devrait pas être changée sans qu'elle en soit avertie (1).

Nous citerons encore un autre arrêt de la même Cour du 19 mai 1882, et dont nous avons déjà donné les considérants, qui déclara comme celui de Lyon, que les père et mère naturels pouvaient toujours être privés de la garde de leurs enfants dans l'intérêt de ceux-ci, ajoutant, toutefois, qu'on ne saurait sans une juste cause de déchéance et d'indignité, leur retirer le droit de les voir et de les visiter *dans les conditions déterminées par la justice.*

On voit que sur ces points divers la jurisprudence est fixée.

Si nous supposons que l'un des deux parents naturels a seul reconnu l'enfant, les droits lui appartiendront uniquement. Mais donnera-t-on la préférence à l'un ou à l'autre, si tous les deux l'ont reconnu? Nous avons dit que les droits étant égaux, il n'y avait pas d'autre moyen que de s'en rapporter aux tribunaux.

On répond cependant : Mais en fait, la puissance appartiendra

(1) Dalloz, 1872, 2, 144.

au père. C'est lui qui donne à l'enfant son nom, sa nationalité; c'est lui qui consent à son mariage; le droit que garde la mère d'en appeler aux tribunaux est suffisant pour sauvegarder l'enfant. C'est vrai, mais en réalité, les tribunaux jugeront toujours en dernier ressort et leur pouvoir souverain est tel qu'on ne peut pas établir dans la pratique une supériorité de l'un des parents naturels sur l'autre, puisqu'en fin de compte, tous les droits pourront être retirés au père lui-même, afin d'être confiés soit à la mère, soit à un étranger.

Nous avons vu qu'à l'égard des parents légitimes, il ne pouvait être dérogé par conventions particulières aux droits résultant de la puissance paternelle. La même décision ne doit pas être appliquée aux parents naturels.

Un arrêt de la Cour d'Amiens de 1837 (1) établit cette doctrine en rejetant la demande d'une mère naturelle qui réclamait le droit de désigner le pensionnat où serait élevée sa fille.

La Cour basa son refus sur ce fait que la mère avait accepté auparavant un legs fait sous cette condition, que l'enfant serait soustrait à la garde de sa mère.

On a jugé également que le père ne pouvait réclamer son enfant lorsqu'il avait pris l'engagement de respecter la volonté de la mère demandant que l'enfant fût confié à un tiers.

Toutes les conventions de cette nature sont donc valables, mais les tribunaux pourront toujours les rompre lorsqu'ils les jugeront dangereuses pour l'enfant.

Nous ne nous sommes occupés encore que des droits de garde et d'éducation. La loi est plus explicite à l'égard du droit de correction.

122. — *Droit de correction des père et mère naturels.* — L'article 383 dit : « Les articles 376, 377, 378, 379, seront communs aux pères et mères des enfants naturels reconnus. »

Ces articles que nous avons étudiés déjà règlent l'exercice du droit de correction suivant l'âge de l'enfant, les formalités à remplir, et le droit de pardon laissé au père.

Nous devons dire tout d'abord qu'on suivra, pour décider auquel des deux, père ou mère, appartiendra le droit de correction,

(1) Rep. gen., *puiss. pat.*, n° 53.

les mêmes règles que nous avons exposées relativement au droit de garde.

La controverse porte sur la question de savoir si les articles 380, 381, 382, auxquels ne se réfère pas l'article 383, sont néanmoins applicables aux enfants naturels.

Une première opinion dit que ces articles ne sauraient s'appliquer aux père et mère naturels, puisque l'article 383 n'en fait pas mention et que ces restrictions, utiles pendant le mariage, ne seraient ici que nuisibles, parce que les enfants naturels ont besoin d'être tenus plus sévèrement. Dans ce système, on décidera donc :

1° Que le père marié avec une autre que la mère de l'enfant, pourra néanmoins faire détenir, même par voie d'autorité, l'enfant de moins de seize ans, quand bien même cet enfant aurait des biens personnels ou exercerait un état;

2° Que la mère naturelle peut faire détenir par voie d'autorité ses enfants âgés de moins de seize ans, puisque l'article 383 dit formellement que l'article 376 est applicable aux père et *mère* naturels ;

3° Enfin, le concours des deux parents exigé par l'article 381 sera inutile (1).

Une seconde opinion n'ajoute aux articles visés par l'article 383, que les dispositions de l'article 382, relatives aux restrictions apportées au droit de correction dans le cas où l'enfant a des biens personnels ou exerce un état. Pour expliquer cette opinion purement arbitraire, ses partisans disent que les articles 380 et 381 se référant à des cas où les père et mère sont unis par le mariage, ne sauraient être appliqués, tandis que l'article 382 ne fait pas de distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes (2).

Enfin, dans un troisième système, on applique aux enfants naturels tous les articles du titre IX qui traitent du droit de correction.

C'était, dit-on, l'intention des rédacteurs du Code, qui ne voulaient pas de distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Du reste, ajoute-t-on, il ne serait pas juste de donner

(1) Zachariæ, t. IV, p. 83. — Proudhon, t. I, p. 248, 249. — Duranton, t. III, n° 360.

(2) Ducaurroy, t. I, nos 561, 562.

des droits plus étendus aux père et mère naturels qu'aux père et mère légitimes. Ils sont suspects et, de plus, les enfants naturels ont besoin d'être protégés d'une manière plus efficace, puisque, n'ayant pas de parents, ils n'ont pas de protecteurs naturels.

Dans ce système on décide donc : 1^o que le père naturel ne peut faire détenir, que par voie de réquisition, son enfant âgé de moins de seize ans, toutes les fois qu'il a épousé une autre femme que la mère de cet enfant. L'hostilité de cette femme, à l'égard de l'enfant, est encore plus à redouter que celle d'une marâtre ;

2^o Que le père n'aura également que la voie de réquisition si l'enfant a des biens ou exerce un état ;

3^o Que la mère ne pourra jamais employer la voie d'autorité, car si l'article 376 est rappelé dans l'article 383, il n'en est pas moins vrai que les autres articles ne semblent pas autoriser cette doctrine. Quant au concours des deux personnes citées dans l'article 381, les tribunaux ne devront pas le négliger entièrement (1).

Le premier de ces trois systèmes est le plus juridique, puisqu'il s'appuie sur les textes mêmes, mais ce dernier semble plus conforme à l'équité, en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'on laisse aux parents naturels une latitude plus grande qu'aux parents légitimes.

123. — *Des autres droits de puissance.* — En ce qui concerne le droit de consentir au mariage, l'article 158 donne aux parents naturels les mêmes droits qu'aux légitimes. Les mêmes règles sont applicables, puisque l'article 158 se réfère à ceux qui retracent ces règles. Nous devons donc décider qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffira.

Cependant ceci est illogique, car il n'y a pas ici d'autorité maritale qui oblige la femme à céder, et le père pourra, par son refus peut-être déraisonnable, empêcher un mariage avantageux.

Néanmoins, en présence des textes, il serait difficile d'adopter une autre opinion.

On voit, par ce qui vient d'être dit, que les droits des parents naturels sont moins étendus que ceux des parents légitimes, en

(1) Demolombe, t. VI, n^o 645.

ce sens surtout que les pouvoirs modérateurs des tribunaux sont beaucoup plus considérables.

Mais si les droits sont moins grands, et c'est justice, il ne saurait en être de même des devoirs qui demeurent aussi stricts, aussi rigoureux.

La faute que les père et mère naturels ont commise et dont le poids retombe lourdement sur les enfants, leur impose des devoirs de réparation.

« L'obligation des parents naturels envers leurs enfants, dit » Fournel (1) ne se borne pas au simple nécessaire, *ad victum et vestitum*, mais elle s'étend à proportion de leurs facultés et de » leur condition. »

On doit donc les faire instruire et les mettre en état non-seulement de se suffire, mais de se faire une situation qui rachète l'infériorité dans laquelle leur naissance les place dans la société.

124. *Des enfants adultérins et incestueux.* — Et ces obligations, ces devoirs des père et mère naturels sont de telle nature que les enfants mêmes dont la loi ne veut pas reconnaître la filiation, doivent en recevoir le bénéfice.

Les enfants adultérins ou incestueux auront donc eux-mêmes le droit de se faire nourrir par leurs parents; mais comment arriver dans la pratique à l'application d'une doctrine semblable, puisqu'une telle filiation ne peut être recherchée ?

Ce n'est pas ici le lieu de revenir sur une controverse qui n'a jamais reçu de solution; qu'il nous suffise de dire qu'il y aura des cas où cette filiation se trouvera prouvée en fait par des circonstances indépendantes de toute recherche spéciale. Les tribunaux alors pourront contraindre les parents à entretenir et à élever ces enfants envers lesquels le fait de leur paternité leur aura fait contracter des obligations. (2).

Supposons une action en désaveu intentée par un mari qui triomphe; cet enfant, dans ses rapports avec sa mère, sera certainement adultérin. Nous dirons la même chose de l'enfant né d'un mariage qui plus tard est déclaré nul, comme ayant été

(1) *Traité de la séduction.*

(2) Cass. 1808 et 1811.

contracté avant la dissolution d'une autre union préexistante.

La preuve de la filiation incestueuse pourra résulter d'une manière indirecte, mais formelle, de la nullité prononcée en justice d'une union contractée entre parents à des degrés prohibés.

Toutes les défenses faites de rechercher la paternité ou la maternité adultérine ou incestueuse, échouent devant ces circonstances matérielles, en présence desquelles le doute n'est pas possible.

Mais si les devoirs des père et mère adultérins ou incestueux ne sauraient être révoqués en doute, lorsque, par suite de faits indéniables, la filiation de leurs enfants se trouve constatée, on n'en saurait dire autant des droits qui, en général, sont l'accompagnement de ces devoirs. Comment pourraient-ils les réclamer, et à quel titre? C'est alors que la loi leur interdit formellement de se prévaloir d'une situation qu'elle ne veut pas reconnaître, pour demander la jouissance de prérogatives qu'ils sont indignes de posséder.

Du reste, encore une fois, la solution de toutes les difficultés en cette matière est laissée aux tribunaux. Là réside la grande différence qui sépare les parents naturels des parents légitimes. La loi ne pouvait pas et ne devait pas laisser sans protection ceux dont la naissance ne rappelle à leurs parents qu'une faute, quand ce n'est pas un crime.

125. *Conclusion.* — Nous nous sommes défendu, dans le cours de cette étude, d'avoir eu la pensée de faire une critique systématique du Code civil. Nous l'avons dit, et nous le répétons, l'affaiblissement du principe d'autorité que l'on constate au sein des familles, constitue un mal social dont la cause ne doit pas être cherchée uniquement dans les lois. Le mal est bien plus encore dans les mœurs.

Mais il faut le reconnaître, si les mauvaises mœurs préparent les mauvaises lois, celles-ci aggravent le mal dans des proportions incalculables. En faisant siens les principes sur lesquels on avait voulu baser la famille au XVIII^e siècle, la législation révolutionnaire avait détruit la puissance nécessaire du père. Le Code repoussa les déductions que l'on avait tirées du principe d'indépendance de l'enfant, mais il ne rejeta pas le principe lui-même.

Le Premier Consul avait vu le danger, et il tenta d'empêcher que cet esprit d'insubordination et de mépris des autorités ne pénétrât dans la nouvelle législation. Plusieurs des rédacteurs du Code avaient embrassé ses vues. Mais les mots avaient, à cette époque, une irrésistible puissance, et l'on voulut appliquer à l'enfant lui-même les idées de liberté, sans songer que la faiblesse de son caractère et son manque d'expérience, le rendent incapable d'en faire un bon usage. Et à l'opinion de Montesquieu disant : « L'autorité paternelle est très utile pour maintenir les mœurs (1), » on répondait par cette maxime de Locke : « L'enfant est libre sous la protection et par l'intelligence de son père, qui doit le conduire jusqu'à ce qu'il puisse régler ses propres actions (2). »

On poussait tellement loin cette crainte du mot autorité, qu'on ne voulait même pas qu'il prît place dans la loi, et Berlier disait qu'il fallait rejeter le mot de puissance parce qu'il était *despotique* et *barbare*. On le maintint parce qu'on ne sut par quelle autre expression traduire une idée qui s'impose malgré tout.

Le grand mal consiste surtout dans l'absence d'organisation qui laisse trop de place à l'arbitraire des tribunaux, et dans la disparition de tous les droits du père, à la majorité de l'enfant. La puissance effective du père n'a pas été assez forte pendant les premières années de l'enfant pour établir sur des bases solides l'autorité morale du chef de famille, et les idées d'indépendance, après avoir pris naissance au foyer domestique, conduisent au mépris du pouvoir nécessaire de l'Etat.

« Il est bien difficile, » disait un magistrat, « d'avoir des citoyens qui respectent les lois quand les enfants sont dispensés d'obéir à leur père, et n'ont à peu près d'autres raisons de le respecter que les inspirations de leur cœur. »

C'est au père de famille qu'appartient la tâche difficile, mais non pas impossible, de réagir par l'éducation contre l'insuffisance de la loi. C'est à lui de faire aimer et respecter une autorité qu'on tend de plus en plus à méconnaître. Quand les enfants auront appris à obéir à leurs parents pendant les premières années de leur vie, ils sauront plus tard obéir aux lois de leur pays, et

(1) *Esprit des lois*. L. 5, ch. VII.

(2) Du gouvernement civil, *ch. du Pouv. pat.*

après avoir été fils respectueux, ils seront citoyens paisibles et soumis.

C'est à ce point de vue que l'Etat a un intérêt puissant à ce que le père de famille garde son prestige. C'est pour cela que lorsqu'il use de son influence auprès de lui, ce doit être toujours non pour l'abaisser, mais pour le grandir, non pour usurper sa puissance, mais pour l'augmenter en la fortifiant.

Que le père, de son côté, n'oublie jamais la grandeur de sa mission. Qu'il se souvienne toujours qu'il doit commander et non pas obéir, diriger et non être dirigé, rester maître et non pas se faire esclave. Qu'il se rappelle qu'il est le plus ferme soutien de l'ordre social et que le jour où son autorité cesserait d'être reconnue par la loi, c'en serait fait de la société tout entière.

Nous appelons de tous nos vœux le jour où le père reprendra dans la société la place et l'influence qu'il doit y avoir ; le jour où les enfants, unis et groupés autour de leur chef, apprendront de nouveau que le bonheur n'est pas dans la poursuite d'une liberté chimérique et d'une dangereuse indépendance, mais dans le respect des autorités auxquelles Dieu a délégué ses pouvoirs.

CHAPITRE VI

APPENDICE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES SUR LA PUISSANCE PATERNELLE (1).

126. — *Angleterre*, — Si nous remontons dans les siècles passés, nous retrouvons chez les Anglo-Saxons des traces nombreuses des usages germaniques.

Le *mundium* appartient au père sur ses enfants mineurs (2) et sur son épouse (3). Depuis sa naissance jusqu'à sa mort, la femme est soumise à une puissance protectrice qui passe des mains de son père dans celle de son époux ; ou même dans celle du roi, protecteur-né de tous les faibles, quand elle est orpheline ou veuve (4). Mais elle n'en a pas moins la garde de ses enfants, quand son mari vient à disparaître (5).

(1) Nous avons puisé la plupart des documents qui nous ont servi à faire ce résumé rapide des législations étrangères sur la puissance paternelle dans une étude publiée dans la revue de la Société de législation comparée, année 1880, février, p. 113, par M. Pradines, substitut du procureur général près la Cour de Paris.

(2) *Lois de Lothaire et d'Edret*. 6. Schmidt, p. 13.

(3) *Pœnitent*. Egb., 1., 33, dans *Wilkins Concil.*, p. 122.

(4) *Lois d'Æthelbert*. 74, 75. Schmidt, p. 9. Schmidt, p. 39.

(5) *Lois de Loth. et d'Edret*. O. Schmidt, p. 13.

L'enfant pubère, c'est-à-dire âgé de 10, puis 12 ans, devient maître de ses droits. Du jour où il a été admis comme membre dans une assemblée de citoyens, (*freaborg*) (1), quand il a reçu des armes (2), il acquiert le *status virilis*, sans toutefois sortir de la famille.

Le mâle sourd-muet ne sort jamais de la puissance de son père (3).

Cette puissance appartient aux père et mère légitimes, et à ceux qui ont légitimé leurs enfants. La légitimation se fait par le mariage subséquent (4).

Les parents naturels n'ont jamais de droits de puissance. Si la mère naturelle est libre, les enfants sont sous le *mundium* du roi; si elle est esclave, ils sont sous celui du seigneur.

La puissance du père ne peut jamais aller jusqu'à contraindre sa fille à se marier contre son gré (5).

Aux XIV^e et XV^e siècles, la légitimation n'est permise que pour les enfants seulement conçus avant le mariage, et non pour ceux qui sont déjà nés à cette époque.

La puissance paternelle finit quand l'enfant a 21 ans; mais même auparavant, le fils à 14 ans, la fille à 12, peuvent se marier sans le consentement de leurs parents.

Quand la veuve s'est remariée aussitôt après la mort de son mari et qu'un enfant vient à naître à une époque telle que la confusion soit possible, on laisse à cet enfant le droit de désigner auquel des deux maris de sa mère il veut être rattaché par les liens de la filiation (6).

Au XVII^e siècle, les paroisses se chargent de la garde et de l'entretien des enfants naturels, et pour éviter que ce fardeau ne devienne trop lourd, on laisse au juge le droit de déférer le serment aux mères naturelles sur la paternité de l'enfant. Et le père ainsi désigné, le *respected father* est mis en prison jusqu'à ce qu'il ait fourni de quoi nourrir l'enfant (7). Ce droit des tribunaux, qui produisit souvent des abus, se retrouve au XVIII^e siècle.

(1) *Lois de Loth. et d'Edret*, 6. — *Lois d'Ina*, 7, § 2.

(2) *Lois de Guill. le Cong.* Sect. 3., cap. 5.

(3) *Lois d'Alfred*, 14. Schmidt, p. 13.

(4) *Livre des droitz et des commandements*, 1, n^o 22.

(5) *Lois de Canut*, II. 72. Schmidt, 311.

(6) *Coke sur Littleton*. Sect. 8.

(7) *Statut 7^e de Jacques I^{er}*, ch. IV.

A cette époque, on ne permet plus au mineur de 21 ans de se marier sans le consentement de son père, ou de sa mère, si le père est mort, ou de son tuteur s'il est orphelin (1).

Mais l'on continue à imposer au père le devoir strict d'élever et d'entretenir les enfants en bas âge ou infirmes (2).

Dans l'état actuel du Droit, le père n'est guère que le tuteur légal de l'enfant mineur de 14 ans. Depuis cet âge jusqu'à 21 ans, l'enfant est néanmoins soumis à un pouvoir de contrôle (3).

Les lois ne donnent pas au père des droits beaucoup plus étendus que dans notre législation française; mais le respect du chef de la famille est plus grand. Cela tient à ce que le principe d'obéissance est plus fermement établi dans les mœurs, et aussi à ce que le père trouve dans son droit de disposer de ses biens, une arme pour retenir dans le devoir ses enfants insoumis.

Les parents doivent nourrir et élever leurs enfants, et ce devoir est réciproque. Si nul ne songe à contester cette obligation qui est de droit naturel, on ne la trouve inscrite nulle part dans les lois (4); mais les tribunaux n'hésitent jamais à imposer cette obligation au père de famille, quand l'enfant manque des choses nécessaires à la vie. Au-delà ils sont inflexibles.

« Il n'est pas conforme à l'esprit de nos lois toujours soucieuses » des intérêts de l'industrie, » dit Blackstone, « de contraindre un » père à entretenir des enfants paresseux et mous dans l'aisance » et dans l'oisiveté. Elle considère comme une iniquité de forcer » ce père à leur fournir, contre son gré, les superfluités et les » avantages de la fortune, d'autant plus que, si les enfants sont » dignes de cette faveur, la loi de la nature suffira pour décider » le père à les leur accorder. »

Le père est le protecteur naturel de ses enfants, il dirige leur éducation, les assiste dans leurs procès.

A lui seul appartient le droit de garde pendant le mariage, et l'on ne peut le lui enlever que s'il a des torts graves vis-à-vis des enfants. L'inconduite, les injures ou mauvais traitements envers

(1) *Statut 26. Georges II*, ch. XXXIII, § 7.

(2) Blackstone, liv. I^{er}, ch. XVI.

(3) Stephen, 7^e édit., vol. II, p. 295 à 309.

(4) Blackstone, édit. de 1863, t. II, p. 302.

(5) Blackstone, liv. I, ch. XVI.

la mère ne seraient pas suffisants pour motiver une dérogation à la règle expressément posée.

Mais les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation et jugent tout en équité.

La mère exerce les droits du père à la mort de celui-ci, à moins que par son testament il ne l'ait exclue de la tutelle. Auquel cas il doit désigner un autre tuteur. La mère en principe n'a pas ce droit. Si le père, dernier survivant, n'a pas désigné un tuteur par testament, la garde de l'enfant va aux aïeuls paternels. Mais on juge généralement que si un aïeul maternel s'en est emparé en fait, il ne faut pas le lui enlever, à moins de graves raisons.

En cas de séparation de corps des époux, il peut intervenir des conventions entre eux relativement à la garde ou à l'éducation des enfants. Du reste, des conventions de ce genre sont valables même pendant le mariage, soit que le père s'engage à laisser l'enfant à la mère jusqu'à un âge déterminé, soit qu'il lui en abandonne purement et simplement la direction.

Nous avons dit que le père avait seul le droit de surveiller l'éducation de ses enfants et d'en déterminer le genre.

Un acte du 9 août 1870 l'a obligé à faire instruire ses enfants. Un conseil scolaire établi dans chaque district a le pouvoir de faire des règlements pour obliger les parents à envoyer à l'école les enfants de 5 à 13 ans. Un autre acte du 15 août 1876, en édictant des peines contre les parents récalcitrants, spécifia qu'elles ne seraient applicables qu'autant que le conseil scolaire aurait établi l'obligation et que de plus, il y aurait des écoles placées à une distance telle que les enfants puissent facilement s'y rendre.

Des peines étaient prononcées également contre ceux qui prenaient à leur service des enfants en âge de suivre encore les écoles ; contre les parents qui laissaient les enfants se livrer au vagabondage, etc. Mais il y avait encore des difficultés dans l'application, à cause des exceptions admises. L'acte du 26 août 1880 a ordonné, à tous les conseils de district, de prendre des arrêtés prescrivant l'obligation et confiant au département de l'éducation le droit de les prendre à leur défaut.

Des lois diverses, dont les plus récentes sont de 1878 et 1879,

ont réglementé le travail des enfants, tant dans les manufactures que dans les exploitations agricoles.

Depuis 1866, on enlève aux parents les enfants qui vagabondent dans les rues, ceux qui fréquentent les gens mal famés. Le *bedeau* des enfants s'occupe de ceux qui sont abandonnés par leurs parents ou dont les parents ont été mis en prison. Il les conduit au magistrat et peut les faire élever dans des écoles professionnelles aux frais de leurs parents.

Le père a un droit de correction modéré. Il peut renfermer l'enfant dans sa maison, mais non le faire emprisonner. S'il abuse de ce pouvoir, la justice peut intervenir et désigner un tuteur.

Le lord chancelier, au nom du roi, considéré comme le tuteur né de tous les orphelins abandonnés, a un pouvoir de surveillance très étendu, et peut donner même à un étranger la garde de l'enfant.

Les père et mère remariés ne perdent aucun de leurs droits.

Enfin, la puissance paternelle finit par le mariage ou par l'arrivée de l'enfant à l'âge de 21 ans.

On voit que l'idée protectrice de la puissance paternelle germanique se retrouve à chaque pas dans la législation anglaise (1).

127. — *Ecosse*. — Les mêmes principes se retrouvent en Ecosse d'une manière peut-être encore plus accentuée.

La puissance paternelle n'est qu'une sorte de tutelle qui prend fin quand l'enfant est, par sa situation, considéré comme capable de se protéger lui-même.

On divise la vie de l'enfant en deux périodes : l'une qui va de la naissance à la puberté, et pendant laquelle les pouvoirs du père sont très étendus, et l'autre qui s'étend de la puberté à la majorité.

On a prétendu que le père n'avait pas le droit, pendant cette seconde période, de contraindre son enfant à demeurer sous sa garde, pas plus que de le forcer à travailler pour lui (2). Mais une telle théorie pourrait être dangereuse appliquée à des enfants de 12 et 15 ans, surtout lorsqu'il s'agit d'une jeune fille.

(1) Nous avons emprunté la plupart de ces renseignements sur la législation anglaise, à l'ouvrage de M. Glasson, sur le droit et les institutions en Angleterre.

(2) Fraser. *Parents, and child*, 2^e édit. p. 65.

Un procès, sur une question de ce genre, jugé en 1860, a donné gain de cause au père (1).

Mais il est généralement admis que l'enfant qui embrasse une carrière ou prend un état, est émancipé (2). Il en est de même de celui qui est abandonné par son père.

La mère ne participe pas aux droits du père. Quand celui-ci meurt, la puissance passe aux aïeuls paternels, à moins que le père n'ait désigné un tuteur (3).

L'entretien et l'éducation de l'enfant sont une charge à laquelle la famille ne peut se soustraire, mais l'enfant doit lui-même des aliments à ses ascendants.

La garde des enfants naturels est à la mère, tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge de 16 ans, ou jusqu'à leur mariage. Mais le père n'a sur eux aucun droit.

128. — *Norwège*. — Ici encore les traces du *mundium* germanique sont très reconnaissables.

Le père est un tuteur légitime qui ne fait qu'exercer ses droits sous la surveillance du clergé.

Le Code de Christian V (1687) ne contenait même pas de chapitre sur la puissance paternelle. Depuis la loi du 27 mars 1869, la majorité est fixée à 21 ans, mais même avant cet âge, l'enfant peut posséder et acquérir. La mère prend les droits sur la personne de l'enfant quand elle devient veuve (4).

En cas de séparation de corps, on consulte l'intérêt de l'enfant pour savoir à qui le confier.

Le père n'a pas le droit de choisir seul l'état de l'enfant, et si le père insiste malgré la résistance de l'enfant, le conseil tutélaire peut être appelé à décider.

Cette autorité tutélaire s'exerce à deux degrés.

Les administrations locales assistées des membres de la famille forment le premier degré et un conseil électif statue en cas d'appel.

Le pouvoir de correction du père est très restreint et n'a pas été organisé dans les lois. Une ordonnance du 2 décembre 1741

(1) Pradines. *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* II, 1880, p. 170.

(2) Erskine. *Inst. of the law of Scotland*, t. VI, p. 54 et 65.

(3) Statut de 1696.

(4) *Code de Christian V*, liv. 3 et 19.

autorisait la détention, mais depuis longtemps cette ordonnance est tombée en désuétude.

Du reste les mauvais traitements sont sévèrement punis.

Le fils engagé dans la marine est émancipé à 15 ans. La jeune fille âgée de 18 ans peut devenir également maîtresse de ses droits.

129. — *Danemark*. — Les lois du Danemark sont faites sur les mêmes bases. Là encore on ne trouve aucune organisation complète. Ce n'est que dans des dispositions législatives faites à de longs intervalles les uns des autres, qu'on rencontre quelques règles posées.

Le Code de Christian V de 1683 contient quelques articles sur les droits du père, et depuis cette époque, on peut citer des règlements et ordonnances, dont les plus remarquables datent du 5 juillet 1803, du 29 juillet 1814 et du 19 novembre 1828.

Ce qui ressort de ces règles isolées c'est que l'autorité administrative a comme en Norwège les pouvoirs les plus larges. Les préfets exercent une surveillance qui dans les autres pays est le plus souvent confiée aux tribunaux.

Le père a, sur son enfant, des droits d'éducation assez étendus qui comprennent le droit de mettre l'enfant en apprentissage et qui ont pour sanction un droit de correction susceptible de s'exercer même sur les enfants majeurs, à la condition toutefois qu'ils habitent la maison paternelle.

Avant 25 ans, l'enfant ne peut ni se marier, ni se donner en adoption sans le consentement paternel.

Les droits de puissance passent à la mère en cas de mort du père et peuvent même être confiés au second mari ou à la seconde femme si le survivant remarié vient à mourir.

La mère seule possède des droits sur les enfants naturels.

Les devoirs qui découlent de la puissance paternelle sont très étendus. Le père est obligé de nourrir son enfant jusqu'à l'âge de 18 ans. Il doit, jusqu'à 15 ans au moins, lui faire donner l'instruction et le mettre ensuite à même de gagner sa vie.

S'il manque à ses obligations, le préfet le réprimande et peut même le destituer de ses droits. L'appel se porte directement, dans ce cas, devant le ministre de la justice.

Mais encore une fois, on ne trouve aucun ensemble législatif

sur ce point. Le seul point absolument déterminé, c'est que le père est soumis à un contrôle sévère de la part de l'administration. On reconnaît ses droits. Mais du jour où il en abuse, on les lui retire et cela d'une manière complète.

130. — *Russie*. — On suit les règles françaises, mais les cas dans lesquels le père peut être privé de ses droits, sont expressément prévus.

Ces cas sont les suivants :

1° Lorsque le père est condamné à une peine afflictive et infamante ;

2° S'il est déporté en Sibérie (art. 27 C. P.);

3° S'il excite ses enfants à la débauche (art. 1588 C. P.);

4° S'il abjure la religion orthodoxe ;

5° S'il a un caractère violent ou si sa conduite est scandaleuse.

La folie, entraînant l'interdiction, met fin à la puissance paternelle (art. 229, 231, C. civ.). Mais il n'y a pas de disposition spéciale.

A défaut du père, la puissance passe à la mère, ou au conseil de famille si la mère est elle-même déclarée indigne, ou si elle vient à mourir.

131. — *Pologne*. — On suit également le Code civil français, sauf le livre 1^{er} qui a été remanié par la loi du 13 juin 1825.

La puissance paternelle appartient à la mère à défaut du père, sauf au cas où, demeurant enceinte à la mort de son mari, elle dissimulerait sa grossesse au conseil de famille (art. 352).

En cas de séparation de corps, la garde des enfants appartient à la partie innocente. Si les deux sont coupables, le conseil de famille prononce et peut désigner un tuteur étranger.

Le père condamné à une peine afflictive et infamante (art. 21), interdit pour imbécillité, démence ou fureur (art. 414), engagé dans les vœux monastiques, perd ses droits de puissance. Et l'on admet généralement que la même déchéance s'applique, comme au cas de tutelle, aux parents dont l'inconduite est notoire (1).

132. — *Allemagne*. — Dans les parties les plus occidentales,

(1) Arg. de l'art. 416.

on suit le droit français. Dans le reste des pays allemands, on suit le vieux Droit commun allemand, sauf dans les pays qui ont des codes spéciaux.

D'après ce droit commun, la puissance paternelle n'appartient qu'au père. Ce n'est que par exception que certains usages locaux en attribuent l'exercice à la mère, à la mort du père.

Celui-ci peut même la priver, en mourant, de son droit d'éducation qu'elle perd, du reste, quand elle se remarie. Mais on exige qu'elle demande son consentement pour se marier (1).

133. — *Prusse*. — Tous les pays qui dépendent de la Prusse ont adopté son Code de 1794.

D'après ce Code, l'enfant doit respect à ses père et mère (art. 61). Mais l'exercice de la puissance appartient au père seul pendant le mariage, sauf cependant quand il s'agit des fiançailles, du mariage ou de l'adoption pour lesquels le consentement de la mère est nécessaire.

Le droit d'éducation qui appartient au père passe, à son décès, à la mère. Celle-ci peut être contrainte par le père à allaiter son enfant, mais elle en a la direction exclusive jusqu'à l'âge de 4 ans (art. 67).

Après cet âge, le père choisit l'école dans laquelle on envoie l'enfant, le genre d'instruction qui doit lui être donné, la religion dans laquelle on doit l'élever (art. 111, 112, 74).

Mais à 14 ans, âge de la puberté, l'enfant reprend sa liberté entière sur ce point, devient maître de sa ligne de conduite et peut réclamer le contrôle des tribunaux (art. 83, 84). Ces tribunaux forment une juridiction spéciale sous la présidence du juge de paix. Ils peuvent agir d'office et priver, d'une manière même absolue, le père de sa puissance.

En cas de divorce, les juges saisis décident à qui ira l'enfant.

Le père peut châtier son enfant, *modicis vergis* (art. 86), mais en aucun cas il ne peut le faire détenir sans une ordonnance du ministre de la justice ou de l'empereur (2).

Du reste, si les parents traitent les enfants trop durement, la garde pourra leur être enlevée (art. 90 et 91).

(1) *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, p. 155.

(2) Ord. du 11 mars 1806 (86.2°).

La déchéance du père est également prononcée quand il subit un emprisonnement de 10 ans; s'il est prodigue, s'il abandonne ses enfants ou s'éloigne du pays pour se soustraire à ses devoirs.

Si l'emprisonnement n'est que de deux années, la puissance est seulement suspendue comme au cas d'aliénation mentale.

134. — *Bavière*. — La Coutume bavaroise (1) enlève au père ses droits de puissance, s'il expose ses enfants, s'il les livre à la prostitution ou exerce sur eux des sévices graves.

A 20 ans le fils est émancipé; il en est de même lorsqu'il exerce un emploi public (art. 210), mais c'est à la condition, toutefois, qu'il ait une habitation distincte de celle de son père. Cette émancipation ne s'applique qu'aux fils; les filles ne peuvent sortir de la puissance paternelle que par le mariage ou par l'émancipation expresse (art. 228).

135. — *Saxe*. — Il n'existe pas ici de déchéances prononcées à titre de peines contre le père de famille. Mais s'il néglige ses devoirs, alors on peut le priver de ses droits et notamment de ses droits d'éducation.

Une loi du 14 avril 1868 a réglé soigneusement le travail des enfants, le nombre des heures de travail pour chaque jour, le chômage des dimanches et fêtes, etc.

136. — *Autriche*. — La puissance paternelle n'appartient qu'au père, bien que l'enfant soit tenu de respecter sa mère comme son père (art. 144).

Les droits de la mère ne sont définis qu'en cas de divorce. Les fils jusqu'à 5 ans, les filles jusqu'à 7, sont soumis à sa direction absolue.

Mais c'est le seul cas où elle prenne les droits de son mari.

Celui-ci dirige seul l'éducation de ses enfants et en supporte seul aussi la charge. Si sa fortune ne le lui permet pas, ces frais incombent à la mère. A son défaut, la loi en charge les ascendants paternels, puis enfin, en dernier lieu, les ascendants maternels (art. 143).

Le père choisit l'état que doit apprendre son enfant mineur,

(1) *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, 1751.

mais celui-ci, devenu majeur, a le droit d'en appeler devant les tribunaux (art. 148).

Le droit de correction existe au profit du père, mais dans des limites restreintes comme en Prusse, *modicis vergis* (art. 145).

La mère ne partage pas avec le père le droit de consentir au mariage de l'enfant (art. 139, 143, 144), mais elle participe dans une certaine mesure au pouvoir de correction laissé au père.

Celui-ci perd ses droits de plusieurs manières différentes. D'abord la majorité de 24 ans rend le fils indépendant, à moins qu'il ne soit incapable de gérer ses affaires, prodigue ou débauché; dans ces divers cas, le père demande à ce que la minorité soit prolongée pendant un nombre d'années qu'il détermine. Cette demande a été soumise à une publicité spéciale déterminée par des lettres-patentes, en date du 9 août 1852.

Le père peut émanciper son enfant âgé de 20 ans, soit en justice, soit en l'autorisant à prendre une demeure séparée.

En dehors de ces deux modes d'extinction de la puissance paternelle par la majorité et par l'émancipation, il existe un grand nombre de cas de déchéance.

D'abord, en règle générale, la puissance du père peut toujours être réduite, suspendue ou supprimée pour indignité ou incapacité.

Ces cas ont été parfois désignés expressément dans la loi même.

Ainsi le droit d'éducation peut être limité lorsque le père néglige ses devoirs, maltraite ses enfants, refuse de leur fournir les choses nécessaires ou leur donne de mauvais exemples (art. 177).

La puissance tout entière peut être déclarée éteinte lorsque le père a contracté un mariage incestueux; lorsqu'il a exposé ou prostitué ses enfants, lorsqu'il est notoirement incapable de les diriger ou lorsqu'il abuse de ses pouvoirs.

Dans ces diverses circonstances, toute personne, l'enfant lui-même, a le droit d'avertir la justice, qui prend alors les mesures nécessaires.

« En cas de mauvais traitements des parents envers leurs enfants, les premiers doivent être cités en justice, et si, pour la première fois, il est prouvé qu'il y a eu de leur part abus de pouvoirs et une dureté de cœur contraire à la nature dans leurs procédés, ils seront admonestés sévèrement. Pour la deuxième fois, il sera donné un avertissement aux parents, en

» y ajoutant la menace qu'au cas de nouveaux mauvais traitements, ils seront déclarés déchus de leur pouvoir paternel; que
» l'enfant leur sera ôté et qu'il sera élevé dans un autre endroit.»
(§ 414.)

« Dans le cas d'une nouvelle récidive, ou bien si les mauvais
» traitements ont été par eux-mêmes graves ou si la disposition
» d'esprit des parents était telle qu'il serait à craindre que l'en-
» fant ne fût exposé à de nouveaux mauvais traitements sem-
» blables, il sera procédé sans délai, dès la première fois, à l'ap-
» plication de la peine sus-mentionnée, en se concertant à cet
» effet avec l'autorité pour la nomination d'un curateur » (§ 415).

« Si les parents ne sont pas à même de subvenir aux frais d'é-
» ducation, l'autorité aura le soin de s'occuper du placement de
» l'enfant; mais elle prononcera en même temps du chef des mau-
» vais traitements, un emprisonnement d'une semaine à trois
» mois. » (§ 416.)

Nous ajouterons que, si le père de famille subit une condamnation, il en est donné avis à l'autorité tutélaire, qui prend des mesures à cet effet.(1).

Telle est la marche suivie en Autriche pour retirer l'enfant à son père. Mais il existe un cas où la déchéance prononcée n'est que temporaire; c'est celui où le père s'est absenté sans avoir prévenu à l'avance, pendant plus d'une année. (art. 176.) Ses droits sont suspendus, mais peuvent renaître quand il est de retour.

Quand une déchéance est prononcée contre le père, ou quand il est mort, la puissance ne passe pas, comme en France, aux mains de la mère. Les tribunaux peuvent confier les enfants à qui bon leur semble, les placer dans une école, dans une famille étrangère même. Ceci est laissé à leur appréciation.

137. — *Hongrie.* — Les principes sont les mêmes qu'en Autriche.

L'autorité tutélaire qui est distincte du conseil de famille désigné par le père pour assister le tuteur, est chargée de prononcer la déchéance du père indigne (2).

(1) Art. 122 et 304 et circul. min. du 5 avril 1859.

(2) *Loi du 4 juillet 1877. Annuaire de la Soc. de législ.* 1878, p. 284.

Comme en Autriche également, la mère ne participe pas aux droits du père.

Du reste, en Hongrie il n'y a pas de Code, ce sont des lois partielles qui forment la législation. Il s'ensuit qu'il y a peu d'unité dans les branches du droit.

138. — *Belgique*. — Avant de passer à l'étude du nouveau Code italien qui a établi des règles nouvelles en ce qui concerne la puissance paternelle, nous jetterons un coup d'œil sur la Belgique d'abord, puis sur la Hollande et enfin sur la Suisse, qui nous ramènera de nouveau aux confins de l'Italie.

On suit en Belgique les mêmes règles qu'en France. Pendant l'interdiction légale ou judiciaire, la puissance paternelle est suspendue (1).

Une disposition de la loi du 30 juin 1846, maintenue dans celle du 8 juin 1867, a déclaré expressément que les parents condamnés pour excitation à la débauche d'un ou de plusieurs de leurs enfants, garderaient leurs droits de puissance sur les autres.

139. — *Hollande*. — Ici la puissance paternelle appartient à la mère toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de l'exercer. Et dans la jurisprudence il est admis que l'indignité ou l'incapacité sont des sortes d'impossibilités; alors on n'hésite pas à retirer au père ses droits pour les confier à la mère. La règle n'est pas comme en France laissée à l'arbitraire des tribunaux.

L'emprisonnement correctionnel est ordonné par le tribunal et non plus par le président seul, soit que l'enfant ait seize ans ou moins de seize ans.

L'interdiction, l'absence, l'indignité, la dégradation civique sont des causes de déchéance.

En 1880, on a déposé un projet de loi tendant à multiplier et à spécifier les cas dans lesquels elle serait prononcée.

On privait de leurs droits :

1^o Les parents coupables de complicité avec leurs enfants pour crime ou délit ;

2^o Les parents coupables envers leurs enfants mineurs de suppression d'état, d'attentat aux mœurs, de coups, de tentative de meurtre ;

(1) C. Pen. de 1867, art. 20 et 21. — *Code civil*, art. 389.

3° Ceux qui auraient commis des crimes de droit commun, tels que régicide, attentat aux mœurs, homicide, avortement, recel, vol, banqueroute ou même des détournements après faillite au préjudice de créanciers quand il s'agit de commerçants.

Le législateur, en spécifiant tous les cas dans lesquels la déchéance pourra être prononcée, laisse moins de place à l'arbitraire des tribunaux ; mais il pourra arriver souvent que les cas prévus seront trop généraux et que, par suite, on réduira dans des limites trop restreintes les droits du père de famille.

140. — *Suisse*. — « Sur toute l'étendue de la Confédération, » sauf à Genève, il est reconnu, en principe, que l'autorité cantonale doit avoir une main dans la famille pour contrôler l'exercice des pouvoirs du père et du tuteur, ainsi que pour prévenir et réprimer les abus (1) ».

La commune exerce une autorité tutélaire et surveille les pères et les tuteurs. S'il y a contestation, un conseil supérieur, siégeant au chef-lieu, statue en appel.

La puissance paternelle n'est ici, en réalité, qu'une tutelle, destinée uniquement à protéger l'enfant ; une dérivation du *mundium* germanique.

Le père n'est, en quelque sorte, que le délégué de l'Etat, ou plutôt de la commune qui surveille tous ses actes.

Nous examinerons brièvement comment s'exerce cette autorité restreinte du père en indiquant les divergences qui existent entre les différents cantons.

En principe, le père seul a la puissance pendant le mariage (2).

La mère, même après la dissolution du mariage par la mort de son mari, est rarement investie de l'autorité. A Uri (3), la puissance passe aux parents de la ligne paternelle. A Saint-Gall, elle n'a que le droit pendant le mariage de provoquer la déchéance de son mari et de faire nommer un tuteur (4). On retrouve les mêmes règles dans le Tessin ; à Schwitz, où la prohibition est si

(1) *Rev. de législ. comp.* An 1880, II, p. 139.

(2) Vaud., art. 201. — Berne. — Valais, où l'on prolonge ses droits jusqu'après sa mort en lui permettant de désigner par testament un tuteur à ses enfants. Il en est de même à Lucerne, art. 113.

(3) *Landbuch* de 1820 modifiée par la loi du 4 mai 1873.

(4) Art. 39 et 60 Code civ.

rigoureusement appliquée que le père ne peut même la désigner comme tutrice dans un testament (1). A Unterwald-le-Bas, elle n'est pas tutrice légale, mais elle peut exercer la tutelle si on la lui confie. A Thurgovie, elle ne perd ses droits de puissance que si elle se remarie.

Dans le canton de Vaud, elle ne prend la direction de l'enfant que si le testament de son mari l'en a chargé, ou si on l'avait stipulé par contrat de mariage.

Nous trouvons au contraire que, dans d'autres cantons, la mère a comme dans notre droit une autorité réelle. A Lucerne, elle la possède non-seulement quand son mari est mort, mais encore s'il est incapable d'en remplir les obligations. De même, à Fribourg, quand le père n'a pas désigné un tuteur dans son testament; à Berne, où l'on proclame ses droits comme égaux à ceux de son mari (art. 165, § 5).

A Bâle-ville, une loi de 1877 a aboli la minorité perpétuelle des femmes, mais elle a maintenu la défense de leur confier une tutelle (2).

Dans le canton de Glaris, la puissance passe entre les mains de la mère à la mort du père, mais sous la surveillance du tuteur et de l'Etat (art. 216).

Ce contrôle et cette surveillance des pouvoirs publics se retrouvent à chaque pas en Suisse; et on les voit s'exercer non-seulement quand la mère est investie des pouvoirs de puissance paternelle, non-seulement quand il s'agit de la tutelle du survivant des père et mère, mais encore pendant le mariage, pour enlever l'enfant aux parents et le confier à des étrangers.

A Unterwald-le-Bas, notamment, le conseil de famille, *Freundschaft*, présidé par un fonctionnaire public, *Waisenvogt*, délégué du *Landrath*, ou grand conseil, possède des droits supérieurs à ceux du père; il peut le destituer et confier ses pouvoirs à des personnes étrangères, sauf appel du père au gouvernement central (art. 119, 180) (3).

Il en est de même à Bâle-campagne où le conseil de famille se compose du conseil communal auquel viennent s'adjoindre deux des plus proches parents.

(1) *Rev. de législ. comp. op. cit.*, p. 145.

(2) *Revue de législ. comp., op. cit.* p. 147, 148.

(3) Code du 12 mai 1850 et 23 octobre 1852.

Dans le Valais, cinq parents de chaque ligne, assistés du président de la chambre pupillaire, forment le conseil, dont les décisions sont contrôlées à leur tour par la chambre pupillaire elle-même. Cette Chambre, *waisenant*, surveille le père pendant le mariage, nomme le tuteur, décide si la mère remariée ou non gardera ses enfants, nomme le conseil judiciaire des femmes majeures et veuves, laissant les filles sous l'autorité de leur père (1).

A Neuchâtel, la justice de paix du cercle, et à Appenzel, les représentants de la commune ont un droit de contrôle si étendu, qu'ils annihilent, en réalité, le père de famille.

Nous citerons comme faisant exception aux règles les plus généralement admises, le canton de Vaud, qui supprime tout contrôle pendant le mariage, laissant à la mère, comme dans notre droit, le soin de veiller à ce qu'il ne soit rien fait contre l'intérêt des enfants.

Nous voyons dans le Tessin l'obligation pour les parents d'instruire leurs enfants, inscrite dans les lois (2). On laisse au père, pour cela, un droit de direction et de correction modérée qui peut aboutir à la détention de l'enfant. (Art. 102 du même code).

A quel âge finit en Suisse la puissance paternelle ?

Il n'y a point de règle uniforme.

Dans le canton des Grisons, l'enfant est majeur à 19 ans. Dans ceux de Thurgovie, Unterwald-le-Haut, Lucerne, Bâle campagne, Soleure, depuis la loi du 16 décembre 1843, et Zurich, depuis celle du 1^{er} mai 1869, la majorité se produit à 20 ans.

A Bâle-ville, la loi du 1^{er} mai 1877 l'a fixée à 21 ans au lieu de 24. Mais, sur la proposition du père ou du tuteur, le tribunal civil peut prolonger indéfiniment la durée de la puissance paternelle ou de la tutelle.

A Berne, on admet l'âge de 23 ans, et dans les cantons d'Argovie, d'Unterwald-le-Bas, de Glaris, on prolonge jusqu'à 24 ans une minorité que le canton du Tessin fixe seul à 25 ans. On croit que c'est là un reste du droit romain.

La puissance paternelle finit encore en Suisse par l'émancipation de l'enfant ou la déchéance du père.

Presque tous les cantons reconnaissent l'émancipation. On ne

(1) *Bulletin de la Société de législ. comp.* op. cit., p. 113.

(2) Art. 123. Code du 1^{er} juin 1837.

cite comme faisant exception à cette règle, que les cantons d'Uri et d'Unterwald-le-Haut.

Mais tous les autres, en admettant le principe, diffèrent quant à l'application.

Tandis que dans les cantons de Berne, Fribourg, le Tessin, Argovie, Neuchâtel et Appenzell, elle est prononcée sur la demande du père, de la mère, ou du tuteur assisté ou non de parents ; dans ceux de Bâle-ville, Unterwald-le-Bas, Thurgovie, Schaffouse et Lucerne, c'est le gouvernement qui émancipe, quelquefois même sans avoir consulté les parents.

On admet généralement aussi l'émancipation par mariage ou par habitation séparée, quand les parents y ont consenti (1).

La déchéance du père est facilement prononcée, soit par les tribunaux, soit par les conseils communaux qui désignent alors le tuteur auquel doit être confiée la puissance.

La condamnation à une peine infamante, la faillite, le divorce, quelquefois même le convol du père survivant (Grisons), sont des motifs de déclarer dissoute la puissance paternelle, et alors les pouvoirs publics dont les attributions en cette matière deviennent de plus en plus étendues, prennent soin de la personne de l'enfant qui, quelquefois, mais non pas nécessairement, pourra être confié à sa mère ou à quelques-uns de ses parents paternels ou maternels.

141. — *Grèce*. — Des pays dans lesquels se sont conservées les traditions germaniques, nous passons à ceux dans lesquels se retrouve encore l'influence du Droit romain.

En Grèce, on en retrouve presque toutes les règles. Cependant le père n'a plus sa puissance absolue.

Il peut être déclaré déchu de tout ou de partie de ses droits s'il en abuse.

C'est ainsi qu'il peut être privé de la garde de son enfant, lorsqu'il le maltraite, ou lorsqu'il corrompt ses mœurs.

Il y a même déchéance prononcée de plein droit contre le père qui a été condamné comme incestueux, et contre celui qui a exposé son enfant ou prostitué sa fille. Mais dans ces deux derniers cas, la puissance subsiste sur les autres enfants.

(1) *Unterwald-le-Bas*. — *Thurgovie*, art. 80, 83, Code du 11 avril 1860. *Faud.*, 283, 284. Code du 11 juin 1819.

142. — *Espagne*. — On retrouve encore ici le Droit romain, mais bien modifié également. La mère partage la puissance avec le père et peut l'exercer à la mort de celui-ci (loi du 18 juin 1870).

Cette même loi déclare émancipés les enfants mariés, ou qui ont fait leur profession religieuse ; ceux qui exercent des fonctions entraînant une certaine responsabilité, et enfin, d'une manière générale, tous les majeurs de 25 ans.

L'abus du droit de correction, la séparation de corps prononcée, la prostitution ou la corruption de l'enfant, sont des motifs pour les tribunaux de déclarer le père déchu de ses droits.

143. — *Portugal*. — Mêmes déchéances qu'en Espagne, mais plus étendues encore, puisque toute condamnation pour crime ou délit peut être pour les juges un motif suffisant de priver le père de ses droits pendant un temps plus ou moins long.

Dans ce cas, les pouvoirs passent à la mère ou, à son défaut, à un tuteur qui désigne le conseil de famille (art. 141, C. civ.).

Le père peut, en mourant, désigner un conseil qui, de même qu'en France, est destiné à assister la mère tutrice ; et celle-ci pourrait être destituée si elle cherchait à se soustraire à sa direction.

144. — *Italie*. — Enfin, nous arrivons à l'Italie qui, depuis 1866, a modifié toute sa législation sur la puissance paternelle, qu'elle a détruite en faisant, en quelque sorte, du père, un fonctionnaire public dont tous les actes sont examinés, contrôlés, et qui est toujours sous le coup d'une révocation.

Les premières règles sont copiées sur les nôtres.

L'enfant doit honneur et respect à ses père et mère ; il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité, laquelle est fixée à 21 ans (art. 323).

L'enfant est confié au père et à la mère, ou, à leur défaut, à un tuteur.

Si l'enfant s'échappe de la maison paternelle, il peut y être ramené par ordonnance du président du tribunal.

Mais ce droit de garde est presque détruit par les dispositions de l'article 221 qui dit que « l'enfant pourra être éloigné, pour de

» *justes motifs*, de la maison paternelle » et que le président sera chargé « sur la demande des parents ou du ministère public » après informations prises sans formalités judiciaires, d'y pourvoir de la manière la plus commode par une ordonnance non » motivée ».

La Cour de Paris, dans un arrêt du 2 août 1872, a fait l'application de cette disposition à l'égard d'une jeune italienne, que ses parents voulaient enlever à des personnes honorables chez lesquelles elle demeurait, pour la faire entrer dans un petit théâtre où elle se fût perdue.

Nous citerons les considérants de cet arrêt qui résume les différences qui séparent la législation italienne de la nôtre, ainsi que les droits des tribunaux à l'égard des étrangers.

« Considérant qu'au point de vue du Droit français, il y aurait à examiner si, dans la cause, les tribunaux n'auraient pas à faire usage du pouvoir modérateur qui doit leur être reconnu pour empêcher que la puissance paternelle qui est par essence une autorité de défense et de protection, ne tourne méchamment on tre ses fins ;

» Mais qu'il faut se placer au point de vue du droit italien dont les dispositions en cette matière sont larges et précises ;

» Qu'en effet, A..., né à Bologne, est sujet italien, et que la puissance paternelle dont il réclame l'exercice dépend du statut personnel qui régit son état et sa capacité, c'est-à-dire, de la loi italienne ;

» Considérant que la loi applicable se trouve dans l'article 221 du Code promulgué en 1865 pour le royaume d'Italie, lequel article est ainsi conçu :

» Lorsque de justes motifs rendent nécessaire que l'enfant soit » éloigné de la maison paternelle, le président du tribunal, sur la » demande des parents et du ministère public, après informations » prises sans formalités judiciaires, y pourvoit de la manière la » plus convenable par une ordonnance qui ne doit pas énoncer de » motifs ; »

» Considérant qu'en laissant de côté la procédure qui n'est pas soumise au statut personnel, la disposition sur le fond du droit qui est consacrée par ce texte, appelle la justice à apprécier sur la demande des parents et du ministère public, si de justes motifs

ne rendent pas nécessaire que la garde de l'enfant mineur soit enlevée à son père ou à sa mère ;

» Que, selon le Droit italien, l'appréciation discrétionnaire du juge s'exerce, à cet effet, sans qu'il ait à énoncer dans sa sentence, par des convenances tenant au secret et à la dignité intérieure de la famille, les motifs qui le déterminent... etc., etc. » (1)

Nous avons tenu à faire cette longue citation parce que l'arrêt établit d'une manière très nette l'esprit de la loi et le but qu'elle a poursuivi.

Relativement au droit de correction, le père peut faire détendre son enfant en obtenant une ordonnance du président. L'appel se fait devant le président de la Cour, qui statue, le ministère public entendu. Il n'est pas fait de distinction entre l'enfant âgé de plus ou moins de seize ans.

Le père a le droit de poser par testament des limites au pouvoir de tutelle de la mère, mais celle-ci peut en appeler devant les tribunaux qui statuent après avoir pris l'avis du conseil de famille.

Le mariage, comme la majorité, met fin à la puissance paternelle, qui peut être également éteinte par l'émancipation. Celle-ci se fait devant le préteur, qui remplace ici notre juge de paix.

Ce qui donne à ces dispositions du nouveau code italien un caractère spécial, c'est l'extension considérable donnée au droit d'intervention des tribunaux dans les affaires de la famille. Ils peuvent agir non seulement pour réprimer mais pour prévenir. Ce peut être une prérogative dangereuse, quelques avantages qu'on puisse parfois en obtenir.

Il y a déjà longtemps, un vice-président du tribunal de la Seine, M. Chrestien de Poly, avait demandé que l'on confiât à un tribunal secret siégeant en chambre du conseil et composé du président, du chef du parquet et du greffier, le soin de contrôler et de censurer les actes de la puissance paternelle ; et M. Decourteix, reprenant plus tard cette idée, voulait qu'on indiquât quelles déchéances devrait appliquer ce tribunal en matière de voies de fait, de négligences dans l'éducation, etc.... (2).

Ce sont ces principes qui sont appliqués dans le nouveau Code

(1) *Gazette des Tribunaux*. Lundi 5 et mardi 6 août 1872.

(2) *Journal officiel*, 21 décembre 1876.

italien. Ils tendent, nous le répétons, sinon d'une manière immédiate, du moins indirectement, à détruire complètement l'influence du père dans la famille. Quel est, en effet, le père, quelque bien intentionné qu'il soit, qui ne puisse se tromper quelquefois en matière d'éducation? Or, en donnant aux parents le droit de dénoncer les actes du père, on annihile celui-ci.

On pourrait ici se demander comment se régleront les conflits entre les législations diverses, soit lorsqu'il s'agira de Français allant à l'étranger, soit lorsqu'au contraire il sera question d'étrangers venant résider en France.

Mais l'examen de cette question nous obligerait à faire une étude de Droit international, étude qui serait en dehors de notre sujet.

Nous nous bornons donc ici à poser la question sans essayer de la résoudre.



POSITIONS

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

I. — La mère exerce les droits de puissance paternelle, même pendant le mariage, toutes les fois que le père est dans l'impossibilité légale ou physique de l'exercer lui-même.

II. — Il suffit d'un ordre du président du tribunal pour faire ramener *manu militari* dans la maison paternelle l'enfant qui s'en est échappé contre la volonté de son père.

III. — Les tribunaux peuvent maintenir la disposition du jugement de séparation de corps qui privait la mère de la garde de ses enfants, même après la mort du père, si l'intérêt moral ou matériel de l'enfant l'exige.

IV. — La mère peut seule, aussi bien que le père, abréger la durée de la détention de son enfant, conformément à l'article 379.

V. — Le père et la mère n'ont pas la tutelle légale de leurs enfants naturels reconnus. A l'égard de ces enfants, la tutelle est toujours dative.

VI. — L'enfant né avant le 180^e jour du mariage n'est pas légitime.

VII. — L'enfant naturel a droit aux aliments.

VIII. — Les parents illégitimes n'ont pas droit aux aliments.

IX. — On peut, parfois, dans une donation ou un testament, imposer valablement au donataire ou légataire, l'obligation de ne pas se marier.

DROIT COMMERCIAL

I. — Sont nulles les opérations de vente ou d'achat d'effets publics et autres, susceptibles d'être cotés à la Bourse, lorsqu'elles ont été faites par les coulissiers en dehors du ministère des agents de change.

I. — Les titres donnés en couverture à un intermédiaire chargé de jeux de Bourse, doivent être considérés, non comme un simple nantissement, mais comme un paiement anticipé et, par suite, non susceptible de restitution, lorsqu'il résulte des circonstances que le client a entendu conférer, à cet intermédiaire, la faculté permanente de les aliéner.

DROIT ADMINISTRATIF

Le conseil de Préfecture n'est pas le tribunal administratif de droit commun; c'est aux ministres qu'appartient la juridiction ordinaire.

DROIT INTERNATIONAL

L'étranger peut être tuteur en France.

Vu pour la 1^{re} et la 2^{me} partie,
EMILE CHÉNON.

Vu pour la 3^{me} partie,
M. PLANIOL.

Vu : le Doyen,
E. BODIN.

VU POUR L'IMPRESSION :

Le Recteur,
J. JARRY.

BIBLIOGRAPHIE

- D'ARGENTRÉ, *Comment. de la Cout. de Bretagne*, 6^e édit., Paris, 1646.
AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, Paris, 1875.
BALUZE, Paris, 1684.
BEAUNE, *Introd. hist. à l'étude du droit coutumier*, 1^{er} et 2^e vol.
BERNARD (M. P.), *Histoire de l'autorité paternelle en France*.
BERRIAT-SAINT-PRIX, *Histoire du Droit romain*, Paris, 1821.
BOURJON, *Dr. commun de la France*, édit. 1770.
CÉSAR, *Com. de bello gallico*, Paris, 1828, trad. Artaud.
CHARDON, *Traité des trois puissances : maritale, paternelle et tutélaire*, Paris, 1841.
COUTUMIER GÉNÉRAL (Bourdout de Richebourg), Paris, 1724.
CUJAS, *Opera*, Paris, 1637.
DALLOZ, *Jurisprudence générale. Recueil alphabétique*.
DALLOZ, *Rec. de jurisprudence*.
DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, 1850.
DUBOIS GUCHAN, *Tacite et son siècle*.
ESMEIN, *La Manus, la paternité et le divorce dans l'anc. Dr. rom.*
FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*.
GERARD NOODT, *Opera*, Lyon, 1767.
GIDE, *De la condition des femmes*, 1867.
GLASSON, *Le Dr. et les Instit. en Angleterre*.
GUYOT, *Répert. de jurisprudence*.
HEINECCIUS, *Antiquités romaines*.
HENNEQUIN, *Introd. histor. à l'étude de la législ. rom.*
HÉVIN et POUILLAIN DU PARC, *Coutume de Bretagne*.
LE HUEOU, *Orig. du Droit français*.
HUGO (Gustave), *Hist. du Dr. rom.*
KOENIGSWARTER, *Hist. de l'origine de la famille en France*.
KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit*.
LAERRIÈRE, *Hist. du droit français*.
LAURENT, *Principes du droit civil français*. Bruxelles, 1876.
LOTH, *Emigrations bretonnes en Armorique, du V^e au VII^e siècle*,

- LOYSEL, *Institutes coutumières*. Ed. Laboulaye.
MARCADÉ, *Expl. théor. et prat. du Code Nap.*, Paris, 1866.
MERLIN, *Répert. de jurispr.*, Paris, 1827.
MOURLON, *Répét. écrites sur le Code Napoléon*.
ORTOLAN, *Cours de dr. rom.* 1876.
PANDECTES DE JUSTINIEN.
PARDESSUS, *Mém. sur l'origine du dr. cout. en France*, Paris, 1834.
POTHIER, *Des personnes*.
PRADINES, *Bul. de la Soc. de législat. compar.* II, 1880, p. 113.
ROLLIN, *Hist. rom.*, édit. Estienne de 1769.
SIREY, *Rec. des lois et arrêts*.
SUMNER MAINE, *L'anc. dr. considéré dans ses rapports avec l'hist. de la société prim. et avec les idées modernes*. Traduction de Courcelles-Seneuil.
TACITE, *Mœurs des Germains*, Paris, 1790, trad. Dureau de Lamalle.
TERRASSON, *Hist. de la jurispr. rom.* édit. de 1750.
TROPLONG, *Influence du Christianisme sur le dr. civ. des Rom.*, 3^e édit.
VALROGER (DE), *Les Celtes et la Gaule celtique*.
VAZEILLE, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, 1825.
VIOLETT, *Etablissements de Saint Louis*.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
1. Notions générales	5
2. L'autorité paternelle chez les Hébreux.....	8
3. L'autorité paternelle.....	12
I ^o Chez les Hindoux	12
II ^o Chez les Grecs.....	14

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I ^{er} . — DE LA PUISSANCE PATERNELLE A ROME	23
<i>Section 1^{re}. — Notions historiques.....</i>	23
4. Connexité du droit de cité et de la <i>patria potestas</i> romaine	23
5. Origine historique de la <i>patria potestas</i> romaine et son fondement religieux.....	29
6. Influence générale du christianisme.....	33
<i>Section 2^{me}. — De la situation du père de famille à Rome et des personnes sur lesquelles s'exerçait sa puissance.....</i>	36
7. Caractères généraux de la <i>patria potestas</i>	36
8. Des personnes qui sont <i>in patria potestate</i>	40
CHAPITRE II. — DES MODES D'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.....	42
<i>Section 1^{re}. — Des justes noces</i>	42
9. Des diverscs unions reconnues par le Droit romain.....	42
10. Définition et conditions des justes noces.....	47

	Pages
<i>Section 2^{me}. — De la légitimation.....</i>	50
11. Cas divers de légitimation avant Constantin.....	50
12. De la légitimation par mariage subséquent.....	53
13. De la légitimation par oblation à la Curie.....	55
14. De la légitimation par rescrit du prince.....	57
<i>Section 3^{me}. — De l'adoption en général.....</i>	58
15. Définition et conditions de l'adrogation et de l'adoption.....	58
16. De l'adrogation.....	60
17. De l'adoption proprement dite.....	63
18. Des effets de l'adrogation et de l'adoption.....	64
19. Innovations d'Antonin et de Justinien.....	66
CHAPITRE III. — DES DROITS DU PÈRE DE FAMILLE SUR LA PERSONNE DES FILII FAMILIAS.....	69
<i>Section 1^{re}. — Droit de garde.....</i>	70
20. Actions diverses données au paterfamilias comme garantie de son droit de garde.....	70
I. De la revendication.....	71
II. De l'action préjudicielle.....	71
III. Des interdits : <i>de liberis exhibendis et de liberis ducendis</i>	72
IV. <i>Cognitio extraordinaria</i>	73
<i>Section 2^{me}. — Droit de vie et de mort.....</i>	74
21. Du pouvoir judiciaire du père de famille considéré comme origine du <i>jus vitæ necisque</i>	74
22. De la <i>susceptio liberorum</i> et de l'exposition des enfants par le <i>paterfamilias</i>	77
23. Sort et condition des enfants exposés.....	79
24. De la condamnation à mort des enfants par le père.....	82
25. Réaction contre le <i>jus vitæ necisque</i> et son abrogation par Constantin.....	85
26. Droit de correction laissé au père.....	88
<i>Section 3^{me}. — Du droit de placer l'enfant « in mancipio » et du droit d'abandon noxal.....</i>	90
27. Caractère de la vente des enfants et condition des per- sonnes <i>in mancipio</i>	90
28. Restrictions apportées au <i>jus mancipationis</i>	93
29. De l'abandon noxal ; son abrogation par Justinien.....	94
<i>Section 4^e. — Des droits du père relativement au mariage des enfants.....</i>	98
30. Du droit de consentir au mariage, de l'imposer et de le rompre.....	98
31. Cas où le consentement du père pouvait être suppléé...	103

	Pages
32. Digression sur le droit de nommer un tuteur testamentaire et sur le droit d'exhérédation considéré comme sanction de l'autorité paternelle.....	105
CHAPITRE IV. — DES MODES D'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.....	108
33. Mort du <i>paterfamiliás</i> et mort du <i>filiusfamiliás</i>	108
34. De la <i>maxima capitis deminutio</i>	109
35. De la <i>media capitis deminutio</i>	111
36. De la <i>minima capitis deminutio</i> . — Adrogation et légitimation du <i>paterfamiliás</i>	112
37. Suite. — Emancipation du <i>filiusfamiliás</i>	113
38. Suite. — Adoption du <i>filiusfamiliás</i>	116
39. Autres modes d'extinction de la puissance paternelle...	117
CHAPITRE V. — APPENDICE. — L'ÉPOUSE ET LA MÈRE.....	121
40. La <i>manus</i> comparée à la <i>patria potestas</i> . — <i>Confarreatio</i> , <i>Coemptio</i> , <i>usus</i>	122
41. Condition de la mère de famille dans la Société et vis-à-vis de ses enfants.....	127
42. Décadence de la famille romaine.....	130

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I ^{er} . — DROIT BARBARE.....	135
43. La puissance paternelle chez les Celtes.....	135
44. La puissance paternelle chez les Bretons insulaires.....	140
45. Le <i>mundium</i> paternel chez les Germains.....	141
46. Influence de l'occupation romaine et des invasions barbares.....	143
47. L'autorité paternelle chez les barbares après la conquête	145
CHAPITRE II. — DROIT FÉODAL ET COUTUMIER	151
48. De la famille à l'époque féodale.....	151
Section 1 ^{re} . — A qui appartient la puissance paternelle.....	154
49. De l'existence de la puissance paternelle dans notre ancien Droit, tant en pays de coutumes qu'en pays de droit écrit.....	154
50. Suite. — De la maxime de Loysel : droit de puissance paternelle n'a lieu.....	155
51. Suite. — Témoignage des auteurs.....	159
52. La puissance paternelle existe tant pour les nobles que pour les roturiers et les serfs.....	161
53. La puissance paternelle appartient au père et à la mère.	163
54. La puissance paternelle s'exerce sur les enfants légitimes. Cas des bâtards et des légitimés.....	165

	Pages
<i>Section 2^e. — En quoi consiste la puissance paternelle.....</i>	169
55. Disparition des droits extrêmes résultant de la puissance paternelle.....	169
56. Du droit de garde.....	172
57. Du droit de correction.....	177
58. Du droit de consentir au mariage des enfants.....	181
<i>Section 3^e. — Comment cesse la puissance paternelle.....</i>	185
59. De la majorité.....	185
60. De l'émancipation en général, émancipation par mariage.	191
61. <i>Suite.</i> — Emancipation par demeure séparée.....	195
62. <i>Suite.</i> — Emancipation tacite résultant de l'arrivée de l'enfant à certaines dignités.....	198
63. <i>Suite.</i> — Emancipation expresse.....	199
64. Digression sur les modifications que pouvait apporter aux droits du père son changement de domicile.....	205
CHAPITRE III. — DROIT INTERMÉDIAIRE.....	208
65. Atteintes portées au droit de puissance paternelle par les lois de la Révolution.....	208

TROISIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

De la puissance paternelle sous l'empire du Code civil

PRÉLIMINAIRES.....	215
66. De l'affaiblissement de l'autorité du père de famille dans notre société actuelle.....	215
67. Du droit de tester, envisagé comme sanction de la puissance paternelle.....	219
68. De la puissance paternelle telle que notre Droit la reconnaît.....	221
CHAPITRE I. — SUR QUI S'EXERCE LE DROIT DE PUISSANCE PATERNELLE ET A QUI EST-IL DONNÉ.....	224
69. De la durée de la puissance paternelle.....	224
70. Des droits de la mère sur ses enfants.....	226
71. Des droits accordés aux ascendants, au tuteur, au conseil de famille, après la mort des père et mère.....	230
72. De la puissance paternelle sur les enfants légitimés ou adoptifs.....	232
73. Du contrôle des tribunaux.....	234
74. Intervention de l'autorité administrative.....	235
CHAPITRE II. — DU CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET DE L'IMPOSSIBILITÉ D'Y DÉROGER PAR CONVENTIONS PARTICULIÈRES.....	238

	Pages
75. De la nullité des conventions destructives ou restrictives de la puissance paternelle.....	238
76. De la nullité de toute condition qui, dans un testament, porterait atteinte aux droits du père.....	240
CHAPITRE III. — DES DROITS ATTACHÉS A LA PUISSANCE PATERNELLE ET DES DEVOIRS QUI EN DÉCOULENT....	
77. Quels sont les droits qui découlent de la puissance paternelle	242
78. De la question de savoir si le droit de consentir au mariage, à l'adoption, etc., dérive de la puissance paternelle	243
<i>Section 1^{re}. — Du droit au respect.....</i>	<i>244</i>
79. De la maxime : L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.....	244
80. L'article 371 n'a pas dans notre droit de conséquences juridiques directes	245
81. Droit d'opposition au mariage considéré comme dérivant des dispositions de l'article 371.....	248
<i>Section 2. — Du droit de garde.....</i>	<i>248</i>
82. De la nécessité du droit de garde... ..	248
83. Sanction du droit de garde.....	250
84. Intervention des tribunaux pour restreindre ou retirer le droit de garde, en cas d'abus de puissance.....	251
85. Droits de la mère quant à la garde des enfants.....	253
86. Des conflits entre le père et les ascendants pour la garde des enfants.....	254
87. De la valeur juridique de l'abandon fait par les père et mère de leur droit de garde.....	257
88. Responsabilité civile du père.....	258
89. Des exceptions posées par la loi au droit de garde.....	259
<i>Section 3^{me}. — Du droit d'éducation.....</i>	<i>260</i>
90. De la connexité qui existe entre le droit et le devoir d'éducation.....	260
91. De l'éducation religieuse.....	262
92. Obligation imposée au père de faire instruire ses enfants. Loi du 28 mars 1882.....	264
93. Apprentissage ; lois qui réglementent le travail des enfants.....	266
<i>Section 4^{me}. — Droit de correction.....</i>	<i>269</i>
94. Caractères du droit de correction.....	269
95. Droit des tribunaux en cas d'abus du droit de correction.	271
96. Du droit de correction tel qu'il est organisé par la loi .	272
97. Détention de l'enfant par voie d'autorité.....	272

	Pages
98. Détention de l'enfant par voie de réquisition.....	274
99. Restrictions apportées au droit de correction quand il est exercé par la mère.....	277
100. Droit de grâce.....	280
101. Droit de grâce laissé à la mère.....	281
102. Recours contre les ordonnances du président du tribunal.....	282
103. Des maisons désignées pour la détention des enfants et formes à employer.....	282
104. Droit de recours laissé à l'enfant détenu.....	284
105. Droit de correction laissé aux étrangers.....	286
106. Du droit de consentir au mariage.....	287
107. Droits de la mère relativement au mariage des enfants..	289
108. Des actes respectueux.....	289
109. Droit de consentir à l'adoption, aux vœux religieux, etc.	290
 CHAPITRE IV. — DES MODES D'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE	 293
<i>Section 1^{re}. — De la majorité..</i>	293
110. Calcul de la majorité....	293
<i>Section 2^e. — De l'émancipation.....</i>	295
111. Formes de l'émancipation.....	295
<i>Section 3^e. — Mort des père et mère.....</i>	296
112. Modifications apportées par la mort du père ou de la mère dans l'exercice de la puissance paternelle.....	296
113. Des différences qui existent entre la puissance paternelle et la tutelle.....	298
114. Restrictions mises à l'exercice des droits de la mère après son veuvage.....	299
<i>Section 4^e. — Des déchéances.....</i>	300
115. De la déchéance prononcée contre les parents qui excitent leurs enfants à la débauche.....	300
116. Des autres cas dans lesquels le père pourra être déclaré déchu de ses droits.....	302
117. Des modifications apportées aux droits des père et mère pendant l'instance en séparation de corps.....	304
118. De l'exercice de la puissance paternelle après la séparation de corps prononcée.....	306
119. De la déchéance qui résulte pour le père de la condamnation de son enfant.....	308
 CHAPITRE V. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LA PERSONNE DES ENFANTS NATURELS.....	 310
120. Différences entre les droits des pères et mères naturels et ceux des pères et mères légitimes.....	310
121. Droits des parents naturels.....	312

	Pages
122. Droit de correction des pères et mères naturels.....	313
123. Des autres droits de puissance.....	315
124. Des enfants adultérins ou incestueux.....	316
125. Conclusion.....	317
CHAPITRE VI. — APPENDICE. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES SUR LA	
PUISSANCE PATERNELLE.....	320
126. Angleterre.....	320
127. Ecosse.....	324
128. Norwége.....	325
129. Danemark.....	326
130. Russie.....	327
131. Pologne.....	327
132. Allemagne.....	327
133. Prusse.....	328
134. Bavière.....	329
135. Saxe.....	329
136. Autriche.....	329
137. Hongrie.....	331
138. Belgique.....	332
139. Hollande.....	332
140. Suisse.....	333
141. Grèce.....	336
142. Espagne.....	337
143. Portugal.....	337
144. Italie.....	337





